

legis

Concepto ICBF No 03

Fecha: 10-02-2020

ASUNTO: ¿ LE CORRESPONDE AL DEFENSOR DE FAMILIA CONTINUAR REPRESENTANDO LOS INTERESES DE UNA MENOR DE EDAD DENTRO DE UN PROCESO PENAL QUE SE INICIÓ CUANDO ESTABA BAJO CUSTODIA DEL ICBF, ESTANDO LA MENOR ACTUALMENTE ENTREGADA EN ADOPCIÓN?. ¿PUEDE LEVANTARSE LA RESERVA DE ADOPCIÓN DE UN MENOR DE EDAD PARA COMUNICARLE AL JUZGADO PENAL DE CONOCIMIENTO, EN EL CUAL EL MENOR ES VÍCTIMA ,EL NUEVO NOMBRE DEL MENOR ,ASÍ COMO EL NOMBRE DE SUS PADRES ADOPTIVOS Y LA DIRECCIÓN DE RESIDENCIA PARA QUE ESTOS SEAN NOTIFICADOS Y REPRESENTEN A LA MENOR DENTRO DEL PROCESO?.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se da respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Le corresponde al Defensor de Familia continuar representando los intereses de una menor de edad dentro de un proceso penal que se inició cuando estaba bajo la custodia del ICBF, estando la menor actualmente entregada en adopción?

¿Puede levantarse la reserva de la adopción de un menor de edad para comunicarle al Juzgado Penal de Conocimiento, en el cual el menor es víctima, el nuevo nombre del menor, así como el nombre de sus padres adoptivos y la dirección de residencia para que estos sean notificados y representen a la menor dentro del proceso?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. Funciones de los defensores de familia; 2.2. La reserva legal en materia de adopción.

2.1. Funciones de los defensores de familia

El Defensor de Familia es un Servidor Público del Estado dependiente del ICBF, con funciones administrativas, las cuales están dirigidas a promover la protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva.

En cuanto a las funciones del Defensor de Familia, es preciso señalar que las mismas se encuentran relacionadas con la intervención para la garantía de la protección de los niños, las niñas y los adolescentes donde se debaten sus derechos, y tienen un fundamento de rango constitucional de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política que ampara y protege los derechos fundamentales que le asisten.

Las funciones de esta autoridad administrativa se encuentran en el art. 82 de la Ley 1098 de 2006, las cuales se refieren entre otras a: adelantar actuaciones administrativas para prevenir; garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; emitir conceptos ordenados por la ley; promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes; e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos; conceder permiso para salir del país a los niños, niñas o adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del Juez; promover conciliaciones extrajudiciales; citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial y la más importante por su carácter indelegable, la de autorizar la adopción en los casos previstos en la ley, entre otras.

Frente a las actuaciones judiciales, es función del Defensor de Familia representar a los niños y adolescentes y presentar demandas a su favor; los numerales 11 y 12 de la precitada ley, a su tenor literal consagra:

...11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la

representación judicial a que haya lugar. 12. **Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales** o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos (...).^[1] Negrillas fuera de texto.

De igual forma, al estudiar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos ejecutadas por el Defensor de Familia, art. 53 de la Ley 1098 de 2006, legitima a la autoridad administrativa en el numeral 7, a presentar las acciones judiciales necesarias para restablecer los derechos vulnerados de los niños, niñas y adolescentes.

"Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de (os derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

(...) 7. **Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar**".^[2] (Negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional, en sus primeras providencias, estableció la facultad o función del Defensor de Familia para incoar este tipo de acciones, tendientes a garantizar el restablecimiento de derechos de los niños en los procesos judiciales, y señaló:

La ley ha encomendado a los Defensores de Familia delicadas funciones en interés de la institución familiar y del menor. Entre sus atribuciones cabe mencionar las **de promover acciones judiciales y extrajudiciales en asuntos de familia**, decretar las situaciones de abandono o peligro del menor y tomar las medidas de protección pertinentes según la gravedad de las circunstancias (D. 2737 de 1989, arts. 36 y 57), homologar con efectos vinculantes las conciliaciones entre cónyuges, asistir al menor en las diligencias ante el juez competente y ejercer funciones de policía para asegurar su eficaz protección. (...) Los Defensores de Familia (antes de menores) desempeñan funciones de asesoría legal en representación de los menores en procesos civiles cuyas decisiones pueden afectarlos, remplazando materialmente a los defensores de oficio y a los defensores de pobres aún no instituidos por la ley para proteger los derechos litigiosos de los niños. Los Defensores de Familia pueden promover acciones judiciales en favor de los hijos en situación de abandono o peligro. En ejercicio de esta competencia, pueden presentar demandas - siempre que se configure la respectiva causal-de pérdida o suspensión de la potestad parental".^[3] (Se subraya para destacar)

En este orden de ideas puede afirmarse que el Defensor de Familia es una autoridad administrativa creada por la ley que tiene como funciones las de prevención, garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales se concretan a través de actuaciones administrativas y policivas y que una vez el menor de edad ha sido entregado en adopción, su representación legal pasa a quedar en cabeza de sus padres adoptivos y sale de la competencia del estado a través del ICBF.

2.2. La reserva legal en materia de adopción

El artículo 75 de la Ley 1098 de 2006 indica que: *Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de*

veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO 1. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

PARÁGRAFO 2. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

A su turno, el artículo 76 ibídem contempla que: *DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER FAMILIA Y ORIGEN. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, todo adoptado tiene derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. Los padres juzgarán el momento y las condiciones en que no resulte desfavorable para el niño, niña o adolescente conocer dicha información.*

Adicionalmente, la Ley 265 de 1996, por medio de la cual el Estado Colombiano aprobó el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, establece:

"Artículo 30. 1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de la que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y de su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado.

Artículo 31. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, los datos personales que se obtengan o transmitan conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron."

De acuerdo con los anteriores preceptos y a la Ley 1098 de 2006, el Estado tiene la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de los adoptivos en especial a su intimidad y dignidad, motivo por el cual se establecieron a través de la citada normatividad, las acciones que pueden adelantarse para levantar la reserva de los documentos y actuaciones de un proceso de adopción, así como las personas y autoridades facultadas para dicho propósito, dado su vínculo con esos derechos fundamentales, las condiciones de acceso a la información son taxativas.

Luego de cumplir el término de 20 años previsto en el artículo 75 de la Ley de Infancia y Adolescencia, y al no haber reserva legal respecto al proceso de adopción, el ICBF deberá en cada caso ponderar los derechos constitucionales a la intimidad y a la

información y así determinar la conveniencia de la entrega de los documentos que tengan que ver con las actuaciones administrativas y judiciales, teniendo en cuenta que la información del proceso de adopción le corresponde al ámbito privado de la familia adoptiva y del adoptivo.¹¹

Todo lo anterior tomando en consideración que una vez el menor de edad ha sido entregado en adopción, su representación legal pasa a quedar en cabeza de sus padres adoptivos y sale de la competencia del estado a través del ICBF.

3. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

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

Primera. Los defensores de familia son las autoridades administrativas encargadas de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo protección del estado, a través del ICBF.

Segunda. Una vez el menor de edad es entregado en adopción mediante sentencia judicial a su nueva familia, el defensor de familia deja de ejercer como su representante legal, ya que el niño ya cuenta con unos padres adoptivos que lo representan y tienen frente a él todos los demás derechos y obligaciones que la ley prevé para los padres biológicos.

Tercera. La reserva legal en los casos de adopción sólo podrá levantarse por las personas y autoridades previstas en la Ley 1098 de 2006. Con esto es claro que en el caso que se consulta no es viable que el defensor de familia levante la reserva legal para entregar la información al juez penal, por cuanto la misma sólo podrá ser alzada a través de las autoridades y funcionarios previstos en la ley.

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

¹¹ Sentencia T-013-2006: "En circunstancias excepcionales, los derechos pueden verse enfrentados a otros derechos o intensas constitucionales. En estos eventos, para asegurar su vigencia plena y garantizar una aplicación armónica de los mismos, primero el Legislador y luego los distintos operadores jurídicos, tienen la carga de buscar conciliar tales derechos, de manera que sólo cuando ello no sea posible y se genera un conflicto entre ellos, deben proceder a determinar las condiciones de prevalencia del uno sobre el otro a través de juicios de ponderación. A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admita dichas ponderaciones. La Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de procedencia de un derecho sobre otro".



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.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica