



CONCEPTO 135 DE 2016

(octubre 25)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/ 095944

Bogotá D. C.

MEMORANDO

PARA: Subdirectora de Responsabilidad Penal

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto No. 1-2016-095944-0101 del 16 de sep. 2016.

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. SOBRE LA SOLICITUD

Se solicita concepto respecto de sí las funciones que ejerce el Defensor de Familia en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se encuentran cobijadas bajo el secreto profesional.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿El Defensor de Familia está obligado a la reserva del secreto profesional?

En caso de conocer hechos delictivos cometidos por adolescentes bajo un proceso de restablecimiento de derechos, ¿está obligado a presentar la denuncia respectiva ante las autoridades competentes?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 El secreto profesional en Colombia; 3.2 Calidades y funciones del Defensor de Familia. 3.3. El caso concreto.

3.1. El secreto profesional en Colombia.

La Constitución Política de 1991 establece en el artículo 74 la inviolabilidad del secreto profesional en los siguientes términos:

“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable”

La Corte Constitucional ha manifestado respecto del secreto profesional:

"...es la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad. En este sentido, el secreto profesional es un derecho - deber del profesional, pues de verse competido a revelarlo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento.

Por lo anterior, el secreto profesional nace de una relación de confianza que surge entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación:

En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa".[1]

Así mismo la Corte ha manifestado que el secreto profesional, tiene una estrecha relación con derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre, la honra y la libertad de expresión y que su contenido varía dependiendo de las diferentes profesiones de las que se predica:

"En este sentido, se ha resaltado que en virtud del secreto profesional el usuario de un servicio profesional transmite una serie de datos que están cubiertos por el derecho a la intimidad:

Por otro lado, es indudable que el secreto profesional tiene relación inescindible con el derecho a la intimidad de quien es usuario de los servicios del diplomado (artículo 15 C.P.), toda vez que la única razón para que datos integrantes de la esfera reservada personal o familiar estén siendo transmitidos a otra persona es la necesidad de apoyo inherente a la gestión demandada y la consiguiente confianza que ella implica.

En virtud de lo anterior, el secreto profesional tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto.[2]

El secreto profesional impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada, destinados a mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos. La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente. Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que, de lo contrario, de verse competido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos, tienen el interés legítimo de merecer y cultivarla confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado. La inviolabilidad del secreto profesional, presupone la previa delimitación de la intimidad del sujeto cuyos datos y hechos constituyen su objeto. De otro lado, las profesiones no están todas en el mismo radio de cercanía de la intimidad personal o familiar, ni el control del Estado sobre ellas debe ser siempre idéntico”.[3]

Sobre el secreto profesional que se impone a los abogados, la Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, establece en el artículo 28 numeral 9 como deberes del abogado: "Guardar el secreto profesional, incluso después de cesarla prestación de sus servicios".

De otra parte, en el artículo 34 sobre las faltas a la lealtad contra el cliente, establece:

“f. Revelar o utilizarlos secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”.

Este literal fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-301 de 2012, siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, esto es, se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

En esta sentencia la Corte manifestó lo siguiente:

La expresión "o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito" no constituye una forma de control de una conducta generalmente adecuada, sino por el contrario, una norma que permite excepcionalmente una conducta típica, es decir, una causal de exclusión de la responsabilidad, por cuanto el deber general de todo abogado es "guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios", tal como establece el numeral 9° del artículo 28 del Código Disciplinario del Abogado.

De esta manera, una interpretación sistemática de la expresión demandada con el artículo 9° del Código Disciplinario Único permite inferir que no es deber del abogado vulnerar el secreto profesional, sino que por el contrario debe respetarlo. La posibilidad de vulnerar este deber contemplada en la expresión demandada no es una norma de mandato, sino una norma de autorización que permite excepcionalmente al abogado invocar como una causal de exclusión de responsabilidad en aquellos eventos en los cuales reveló información para evitar la futura comisión de un delito.

Los casos señalados anteriormente no pueden ser resueltos a través de reglas generales, que exceptúen o sancionen a quien revele la información de un delito, sino que requieren un estudio particular que establezca: (i) la adecuación de la revelación del secreto como una medida que efectivamente pueda impedir la comisión del delito; (ii) la necesidad de la medida entendida de acuerdo con la cual debe valorarse si existen medios menos lesivos para impedir la comisión del delito; (iii) la proporcionalidad entre el daño causado por el delito que se pretenda impedir y el daño causado con la revelación del secreto; y la razonabilidad como criterio límite para la restricción de la arbitrariedad que exige que las conclusiones del análisis resulten coherentes y debidamente argumentadas.

En este sentido, la interpretación sistemática del literal f) del artículo 34 de la ley 1123 de 2007 con el artículo numeral 4 de la misma ley permitirá aplicar todos los criterios del análisis del estado de necesidad a la expresión "revele información para evitar la comisión de un delito". En virtud de la calificación de la expresión demandada como un estado de necesidad el juez disciplinario deberá verificar el cumplimiento de todos los requisitos de esta forma de exoneración de responsabilidad cuando se invoque la aplicación de la expresión demandada. Por lo anterior, se deberá establecer: (i) la existencia de un peligro actual para el bien jurídico derivado de la comisión del delito que se pretende evitar con la revelación del secreto: (ii) se deberá realizar un juicio de ponderación entre el bien jurídico salvaguardado y el secreto profesional y la revelación del secreto deberá constituir un medio idóneo para hacer frente al peligro de acuerdo a los criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, contemplados en el numeral cuarto del artículo 22 del Código disciplinario del abogado".

Como puede verse, para la Corte el secreto profesional es un deber del abogado, quien solo podrá excusarse de su cumplimiento cuando lo haga para impedir la comisión de un delito, siempre y cuando se haga un análisis detallado en cada caso concreto de la proporcionalidad y razonabilidad de dicha acción y la idoneidad de esta para la protección del bien jurídico.

De otra parte, el secreto profesional también tiene un reconocimiento en la Ley 904 de 2006, código de Procedimiento Penal, que lo establece en el artículo 68 como una causal de exoneración del deber de denunciar:

“Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional”.

3.2. Calidades y funciones del Defensor de Familia

El Defensor de Familia es un Servidor Público del Estado, dependiente del ICBF, vinculado a través de las disposiciones de carrera administrativa, con funciones administrativas y excepcionalmente judiciales, 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.

Los Defensores de Familia de acuerdo con lo establecido por el Código de la Infancia y la Adolescencia, ejercen sus funciones en las Defensorías de Familia, dependencias del ICBF de naturaleza multidisciplinaria encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales cuentan con equipos técnicos integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

El artículo 81 de la Ley 1098 de 2006, establecen dentro de los deberes del Defensor de Familia:

"5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia".

Por su parte el artículo 82 establece dentro de sus funciones:

"1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

2, Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.

(...)

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".

El Defensor de Familia es entonces la autoridad garante por excelencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y tiene a su cargo no solo el conocimiento y decisión de los casos de vulneración de derechos y adopción de medidas para su restablecimiento, sino incluso en los eventos determinados en la ley ejerce la representación legal de estos.

Para cumplir cabalmente con estas funciones, el Defensor de Familia debe establecer un vínculo directo y cercano con el niño, niña o adolescente, para conocer en profundidad el contexto familiar, social y emocional de este y adoptar las decisiones que mejor atiendan su interés superior, por ello, la relación que se desarrolla entre el Defensor de Familia y el niño, niña o adolescente, no puede calificarse propiamente dicha como de cliente - abogado, en los casos de restablecimiento de derechos en la medida que obra como

autoridad administrativa, no obstante, las actuaciones que adopta sí son para garantizar sus derechos y evitar su vulneración, por lo cual, si se predica un alto grado de confianza y conocimiento de detalles propios de la intimidad del menor de edad.

Como servidor público el Defensor de Familia, está obligado a denunciar y poner en conocimiento de las autoridades competentes, los hechos que puedan constituir un delito. Sobre este deber el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal indica lo siguiente:

"Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente". Subraya fuera de texto.

3.3 Caso en concreto.

La Subdirectora de Responsabilidad Penal, presenta los siguientes interrogantes, los cuales, de acuerdo con el marco jurídico expuesto, se entran a resolver, así:

1. ¿el Defensor de Familia que adelanta proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de un adolescente, establece nexo de confianza con el adolescente de la cual se predique secreto profesional?

En virtud de lo señalado en el acápite 2.2 del presente concepto, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el concepto del secreto profesional, se considera que si bien el Defensor de Familia como autoridad administrativa de restablecimiento de derechos, cuando conoce y adelanta un PARD a favor de un niño, niña y adolescente, establece una relación de confianza que le permite conocer detalles íntimos de su vida personal y familiar, esta relación no es propia de abogado-cliente, dado que no actúa como defensor dentro de una investigación en contra de este, por lo cual en principio no está obligado por la reserva del secreto profesional de abogado.

No obstante, si está vinculado respecto de la confidencialidad de sus decisiones y de las reservas establecidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, sobre los procesos de adopción y en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, por lo cual no podrá divulgar públicamente la información que sobre los niños, niñas y adolescentes conozca.

2. ¿Cómo servidor público que es, el Defensor de Familia que en forma directa obtiene información sobre hechos delictivos ejecutado por un adolescente en favor de quien adelanta proceso administrativo de restablecimiento de derechos, está obligado a presentar denuncia penal o a poner en conocimiento de las autoridades competentes tal hecho?

Es de aclarar que el adolescente no ha ingresado al Sistema de Responsabilidad Penal, ni posee anotación alguna.

De acuerdo con lo anterior y lo mencionado en el acápite 2.2 del presente concepto, el Defensor de Familia por regla general no se encuentra obligado por el secreto profesional dado que la relación con el niño, niña o adolescente no obedece a la lógica de abogado-cliente y como servidor público debe atender el mandato del artículo 67 del CPP, sobre la obligación de denunciar los delitos que deban investigarse de oficio, que conozca bajo cualquier circunstancia.

No obstante, y en la medida que puede conocer de manera directa información sensible y detalles de la vida personal y familiar del niño, niña o adolescente por la estrecha relación de confianza construida a partir del conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la vulneración a la puede estar sometido a su ingreso, es necesario que en todas las actuaciones en las cuales tenga acceso a dicha información, se le informe debidamente al niño, niña y adolescente sobre la garantía de no autoincriminación y a los parientes cercanos, establecida en el artículo 33 de la Constitución Política,[4] que como lo ha reconocido la Corte Constitucional no solo es aplicable en materia penal o correccional, sino que se extiende a todos los ámbitos de interacción de las personas con el Estado:

“en la sentencia C-422 de 2002, la Corte hizo algunas precisiones sobre el alcance del principio de la no autoincriminación. Explicó que esta garantía cabe en todos los ámbitos de la actuación de las personas y puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas. Es decir, que el ciudadano puede abstenerse de suministrar a las autoridades competentes, información que lo incrimine.

(...)

Entonces, ante diversas disposiciones del ordenamiento que concretan el deber constitucional de la persona y del ciudadano de colaborar con la administración de justicia en la obligación de rendir declaración sobre los hechos objeto de investigación o de litigio, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado destacando el valor de la prueba testimonial en el esclarecimiento de la verdad, sin perjuicio del derecho del detenido, sindicado o procesado a no ser obligado a incriminarse, como tampoco a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Ahora bien, debe la Corte llamar la atención acerca de que no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orientador de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no auto incriminación "solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía" es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas.

Así las cosas, considera la Corte que más que a la naturaleza específica de los asuntos de que se trate debe atenderse como criterio preponderante, definidor del ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 33 constitucional, el carácter relevante de la información en función de la protección de la garantía de no autoincriminación, que se repite, puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas con el Estado".[5]

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 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)

* * *

1 Sentencias T-073 A de 1996, y C-538 de 1997

2 Sentencia T-151 de 1996

3 Sentencia C-538 de 1997

4 "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

5 Sentencia C-422 de 2002. En el mismo sentido las Sentencia C-102 de 2005 y C-258 de 2011.

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