



CONCEPTO 20 DE 2016

(marzo 4)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/42985

Bogotá D.C.

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia Centro Zonal Centro -ICBF Regional Valle

ASUNTO: Su consulta con radicado del ICBF No.42985 del 2/02/2016

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 6o, numeral 4o, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible obviar la publicación establecida en el art 102 de la ley 1098, en amparo al derecho a la intimidad del niño, niña o adolescente?

2. ANÁLISIS DE PROBLEMA JURÍDICO

Se abordara el tema analizando: (2.1) El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; 2.2 Derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes.

2.1 El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

Se entiende por Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos el conjunto de actuaciones administrativas que la autoridad competente debe desarrollar para la restauración de la dignidad e integridad de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y de su capacidad para disfrutar efectivamente de los que les han sido vulnerados, dentro del contexto de la protección integral y los principios de prevalencia, interés superior, perspectiva de género, exigibilidad de derechos, enfoque diferencial y corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

Constituye un instrumento fundamental para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia, siendo un proceso especial que 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.

La Corte Constitucional ha dicho que: “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)[1] para lo cual deberá regirse por los procedimientos señalados en la Ley 1098 de 2016.

Esta Ley señala que cuando se da apertura de investigación de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se debe citar para notificar personalmente a las partes y a los interesados en el proceso y prevé que cuando se desconozca la identidad y la dirección de la persona, deberá hacerse la citación mediante publicación.

Tal disposición legal la encontramos en el artículo 102:

ARTÍCULO 102. CITACIONES Y NOTIFICACIONES. La citación ordenada en la providencia de apertura de investigación se practicará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para la notificación personal, siempre que se conozca la identidad y la dirección de las personas que deban ser citadas. Cuando se ignore la identidad o la dirección de quienes deban ser citados, la citación se realizará mediante publicación en una página de internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por tiempo no inferior a cinco días. o<y>[2] un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible.

Respecto a la publicación de la iniciación de los procesos administrativo de restablecimiento de derechos, la Corte Constitucional señala que es uno de los elementos del debido proceso, que permiten su conocimiento por las partes e interesados en el proceso o actuación, lo cual es indispensable para que puedan ejercer el derecho de defensa. Dicho principio se materializa en forma general mediante las citaciones, notificaciones y publicaciones dirigidas a las partes e interesados, en las formas y los medios previstos en las normas legales.[3]

Razón por la cual el Alto Tribunal considera que para garantizar los derechos de defensa e igualdad de los interesados en la actuación administrativa, la citación de aquellos que deben ser notificados personalmente y se desconozca su identidad o la dirección deberá realizarse mediante publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por tiempo no inferior a cinco días, y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible.

Quiere decir lo anterior que siempre que se adelante un proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de un niño, niña o adolescente, deberá notificarse personalmente a los interesados y cuando se desconozca su identidad y la dirección la citación debe ser publicada en los medios señalados anteriormente.

(2.2) Derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes

El Proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se realiza con el fin de restaurar la dignidad e integridad de los mismos, como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.[4] En ese sentido, podemos decir que un menor de edad que se encuentre bajo una medida de restablecimiento de derechos, ha pasado por una circunstancia de la cual se derivó una vulneración sus derechos y por lo tanto, también se encuentra en situación de especial protección.

Teniendo en cuenta entonces el contenido del artículo 44 Superior y de las demás disposiciones constitucionales de protección en la materia, se resaltan en favor de los niños, niñas y adolescentes, como elementos relevantes de la protección constitucional dispuesta por la Carta, los siguientes:

1. Que sus derechos son fundamentales, lo que supone una protección reforzada constitucional y el acceso a la garantía inmediata de la acción de tutela para la protección de sus derechos;
2. Que sus derechos son prevalentes, lo que supone que en el caso en que un derecho de un menor de 18 años se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, prevalecerá el derecho del niño, niña o adolescente.
3. La protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos, es elevada a un nivel constitucional.
4. El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños. Por lo tanto, los niños gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte.
5. Tanto los niños como los adolescentes en nuestro país, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional.

6. Debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente dieciocho años.

Por su parte, la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, adopta el principio de la protección integral como eje fundamental en función del cual se desarrolla el esquema de obligaciones a cargo de la familia, de la sociedad y del Estado, así como las garantías a favor de los niños, niñas y adolescentes, entre las que se encuentran aquellas encaminadas a garantizar el goce efectivo del derecho a la intimidad y el respeto de su dignidad humana. Sobre el principio de la protección integral y derecho a la intimidad, los artículos 7 y 33 señalan:

“Artículo 7. Protección Integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Artículo 33. Derecho a la intimidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad”.

El derecho a la intimidad se relaciona directamente con el concepto de la dignidad humana y conlleva necesariamente el derecho a que cierta información no se haga pública, ni sea suministrada a terceros. La Corte Constitucional, en la Sentencia T-261 de 1995, señaló:

"(...) este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento o injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias

de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...). Este terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respecto a su identidad y privacidad personal".

Ahora bien, la legalidad o ilegalidad de esta injerencia debe ser calificada en cada caso concreto de acuerdo con las reglas que define el propio ordenamiento jurídico, para el caso de los niños, niñas y adolescentes son aplicables las contenidas en el artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia en donde se imponen algunas restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, con el fin de proteger el derecho a la intimidad de los niños.

Sin embargo, esta disposición no es absoluta, toda vez que señala que ante cualquier otra situación no contemplada se podrá divulgar información de los niños, niñas y adolescente con la autorización de los padres o en su defecto de la autoridad administrativa o judicial competente.

En lo que respecta a la publicación que se exige en el artículo 102, para aquellas personas de las cuales se ignora la identidad o la dirección y que deben ser notificadas del inicio del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, a favor de un niño, niña o adolescente se señala: "se incluirá una fotografía del niño, si fuere posible".

Puede deducirse que la inclusión de la fotografía del niño, niña o adolescente, no es obligatoria, por lo tanto, cuando no sea posible y evaluando cada caso en concreto, la autoridad administrativa podrá realizar dicha publicación sin la fotografía.

1. CONCLUSIONES

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, podemos concluir que:

Primero: El artículo 102, de la Ley 1098 de 2006, establece que deben notificar personalmente a las partes y demás interesados del inicio del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, a favor de un niño, niña o adolescente, y aquellas personas de

las cuales se ignora la identidad o la dirección, la citación deberá realizarse mediante publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por tiempo no inferior a cinco días, y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible.

Segundo: Corresponde al Defensor de Familia de acuerdo con los principios de la protección integral y del interés superior del niño y prevalencia de sus derechos, previo análisis del caso en particular, establecer si debe o no incluir en la publicación la fotografía del menor de edad.

Por último, 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,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. T-671 -10 M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

2. Parte tachado INEXEQUIBLE. Aparte subrayado declarado **CONDICIONALMENTE** exequirable4> sentencia C228 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería

3. Sentencia C228 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería

4. Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Artículo 50.

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. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla 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.