INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 82 DE 2017

(julio 11)

Bogotá, D. C.

MEMORANDO

Para: Defensora de Familia
ICBF Regional Bogotá

Asunto: Respuesta solicitud de concepto radicado 248212 del 24/05/2017

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:

I. SOBRE LA SOLICITUD

Se solicita concepto sobre los derechos del niño que acaba de nacer en nuestro País, respecto a la inscripción en el registro civil.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifica el siguiente problema jurídico:

¿los niños, niñas y adolescentes nacidos en Colombia y con padres extranjeros, deben inscribirse en el registro civil en Colombia?

¿a los niños, niñas y adolescentes con padres extranjeros cuya permanencia en el País es irregular, se les aplica la ley colombiana de protección?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 La personalidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes y sus derechos vinculados; 3.2 El ámbito de aplicación de las normas de protección a la infancia y la adolescencia en Colombia; 3.3 El registro civil colombiano; 3.4 El caso concreto.

3.1 La personalidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes y sus derechos vinculados

El artículo 14 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Según los artículos 73, 74 y 633 del Código Civil, las personas son naturales o jurídicas. Las primeras son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Tradicionalmente se ha hablado de los atributos de la personalidad como aquellos elementos inherentes a su reconocimiento en cada persona, tales como el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil y el patrimonio. Esta visión uiscivilista sobre la personalidad jurídica de las personas naturales, ha sido ampliada desde la perspectiva constitucional, que ha reconocido no solo su carácter de derecho fundamental sino la existencia de otros elementos de esta, que están intrínsecamente relacionados con la dignidad humana.

Sobre la personalidad jurídica y sus atributos la Corte Constitucional ha manifestado:

"El único sujeto al cual se refiere el artículo 14 de la C.P. es a la persona natural. Ante ella se inclina la Constitución - como de otra parte también lo ha hecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 6o), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13) para reconocer su personalidad jurídica. El acto de reconocimiento atestigua que la personalidad es un atributo congénito a la persona que precede al mismo ordenamiento que se limita a declararlo.

La personalidad jurídica indica en el caso de la persona natural su idoneidad para ser titular de todas las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividad. El reconocimiento que extiende la Constitución a la capacidad jurídica general de todas las personas naturales, es una concreción necesaria del principio de igualdad, que es compatible sin embargo con las formas de incapacidad jurídica que puede consagrar la ley en aras del interés de la persona misma o de un superior interés público.

(...) el derecho a la personalidad jurídica no se puede circunscribir exclusivamente a los atributos de la personalidad, sino que la protección debe extenderse a los intereses de la persona, cuyo desconocimiento degraden su dignidad. Bajo este criterio hermenéutico amplio, consideró que los derechos a la identidad y a la propia imagen, deben entenderse como parte integrante de la personalidad jurídica."[1]

En tal virtud, la Constitución reconoce a los niños, niñas y adolescentes el derecho a la personalidad jurídica, así como otros derechos especiales de acuerdo con el reconocimiento de sujetos de especial protección constitucional y su ciclo vital, tales como el nombre, la nacionalidad y la familia.

Por su parte, el artículo 25 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, en el cual se encuentran los derechos al nombre, la filiación y la nacionalidad:

"Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia".

Como puede observarse, la personalidad jurídica es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, que tiene unos atributos tales como el nombre, el estado civil, la nacionalidad, la filiación, los cuales a su vez son derechos y fundamento de instituciones tales como la patria potestad, con los derechos y obligaciones que ésta reconoce a los titulares, esto es, los padres, en favor del interés superior del niño.

3.2 El ámbito de aplicación de las normas de protección a la infancia y la adolescencia en Colombia

El inciso 2 del Artículo 4o de la Constitución Política dispone:

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

El Artículo 19 del Código Civil establece que, en materia de estado civil y relaciones de familia, la ley colombiana sigue a sus nacionales en cualquier sitio o país donde se encuentren, con lo cual surge el llamado "Estatuto Personal", por oposición al "Estatuto Real" que describe el artículo 20 del mismo estatuto y que impone que respecto de los bienes, se aplicarán siempre las leyes de su lugar de ubicación.

Sobre los extranjeros en Colombia, el artículo 100 de la Constitución Política, consagra:

"Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinara condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán en el territorio de la República, de las

garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia que es el estatuto que regula de manera integral la atención, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establece en el artículo 4o, que las normas consagradas en él, se aplican a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

Este Código de acuerdo con lo establecido en los artículos 5o y 6o, contiene normas de orden público, de carácter irrenunciable y con aplicación preferente respecto de otras leyes. Adicionalmente, hacen parte de él, las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, y en su aplicación e interpretación, siempre se tendrá en cuenta la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

3.3 El registro civil en Colombia

El estado civil es un atributo de la personalidad jurídica reconocida a todas las personas por el artículo 14 Constitucional y que de acuerdo con el artículo 1o del Decreto 1260 de 1970 (Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas), corresponde a la situación jurídica del individuo en la familia y la sociedad y que es indivisible, indisponible e imprescriptible.

El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos, los cuales deben ser inscritos en el registro civil. Dicho registro se compone a su vez del registro civil de nacimiento, el de matrimonio y el de defunción y tiene una doble función, probatoria de los hechos que allí se registran e informativa para el Estado para la garantía de derechos.

Sobre el estado civil la Corte Constitucional ha indicado:

"El estado civil, como atributo de la personalidad jurídica, se ha definido como un estatus o una situación jurídica que expresa la calidad de un individuo, frente a su familia y a la sociedad, en otras palabras "el estado civil es la posición jurídica de la persona vista su doble condición: individuo y elemento social". Se trata de una institución de orden público, universal, indivisible, inherente al ser humano, indisponible, inalienable, irrenunciable, inembargable, imprescriptible, que no puede establecerse por confesión, otorga estabilidad, y tiene efectos erga omnes. La función del estado civil es demostrar la capacidad de la persona para que esta pueda ser titular de derechos y obligaciones. Las fuentes del estado civil son los hechos, como el nacimiento, los actos, como el matrimonio, y las providencias, como la interdicción judicial. Los elementos que conforman el estado civil son la individualidad, la edad, el sexo, el lugar de nacimiento y la filiación. La Corte ha señalado que la información del estado civil es indispensable para el reconocimiento de la personalidad jurídica, y guarda estrecha relación con los derechos al

libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, ya que ubica a la persona jurídicamente en su núcleo familiar y social. La constitución y la prueba de las calidades civiles de las personas se realizan mediante la inscripción en el registro civil.

El registro es un trámite que realiza el Estado a través de funcionarios competentes para esta labor y que se encuentra regulada por normas de orden público. Se ha establecido que las funciones del registro son la de publicidad de los hechos del estado civil, la de prueba de los hechos, actos y providencias del mismo, y la función auxiliar para fines estadísticos. Además de lo anterior, la importancia del registro radica en que el Estado tenga conocimiento de la existencia física de una persona para garantizarle sus derechos. Por esta razón, es fundamental registrar a los menores inmediatamente después de su nacimiento, tal y como lo establece el artículo 48 del Decreto 1260 de 1970 al disponer que el registro debe realizarse al mes siguiente del nacimiento del menor".[2]

Sobre el registro civil de nacimiento, el Decreto 1260 de 1970, establece en su título VI, sus particularidades y la forma de expedirlo. Así el artículo 44, determina que en este se inscribirán, los nacimientos que ocurran en el territorio nacional, los que ocurran en el extranjero de personas hijas de padre y/o madre colombianos y de extranjeros residentes en el país, así como los reconocimientos de hijo extramatrimonial, las adopciones, las alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, habilitaciones de edad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, declaraciones de seudónimo, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, y en general, todos los hechos y actos relacionados con el estado civil y la capacidad de las personas.

Respecto del término para inscribir el nacimiento en el registro civil, el artículo 48 del Decreto 1260 de 1970 y el artículo 29 del Código de la Infancia y la Adolescencia, señalan que debe realizarse dentro del mes siguiente a su ocurrencia, a todos los niños y niñas y se acreditará con el certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

En caso que no se haya inscrito el nacimiento dentro del término antes señalado, el artículo 50 del Decreto, dispone que podrá registrarse con documentos auténticos, con copia de las actas de las partidas parroquiales respecto de las personas bautizadas en el seno de la Iglesia Católica o de las anotaciones de origen religioso correspondientes a personas de otros credos, o en últimas, con fundamento en declaraciones juramentadas, presentadas ante el funcionario encargado del registro, por dos testigos hábiles que hayan presenciado el hecho o hayan tenido noticia directa y fidedigna de él. Si se trata de una persona mayor de 7 años, se debe contar con la constancia de la Registraduría de no haber sido registrado.

Finalmente, el artículo 61 establece a cargo del Defensor de Familia, la función de solicitar el registro de nacimiento de un menor de edad cuyos padres sean desconocidos, el cual se asentará con los datos que este suministre previa comprobación sumaria de la edad, la oriundez del inscrito y de la ausencia de registro.

Ahora vale la pena mencionar que la nacionalidad si bien es un derecho de los niños y las niñas, derivado de la personalidad jurídica, la misma no se adquiere con el registro civil, dado que los requisitos para adquirir la nacionalidad, se establecen en normas especiales y en todo caso en la Constitución Política. Para tal efecto, artículo 96, indica que son nacionales colombianos por nacimiento, los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: (i) que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y (ii) los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

La Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana, señaló en el artículo 1o, que son nacionales colombianos los naturales de Colombia que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento.

En cuanto a la prueba de nacionalidad, su artículo 3o (modificado por el artículo 38 de la Ley 962 de 2005), dispuso que para todos los efectos legales se considerarán como pruebas de la nacionalidad colombiana, la cédula de ciudadanía para los mayores de dieciocho (18) años, la tarjeta de identidad para los mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años o el registro civil de nacimiento para los menores de catorce (14) años, expedidos bajo la organización y dirección de la Registraduría Nacional del Estado Civil, acompañados de la prueba de domicilio cuando sea el caso.

Como puede verse, el registro civil y la nacionalidad, son diferentes y si bien este hace parte de las pruebas de la nacionalidad, no es la única, dado que, en todo caso, se requerirá la prueba del domicilio cuando se trate de hijos de padres extranjeros nacidos en Colombia. Esta diferencia ha sido señalada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"De lo expuesto, la Sala advierte que la inscripción en el registro civil de nacimiento no es prueba de la nacionalidad colombiana, toda vez que en el registro de nacimientos se inscriben todos aquellos ocurridos en el territorio nacional. En efecto, este recuento normativo muestra cómo la legislación nacional ha previsto el trámite requerido para acceder a la nacionalidad colombiana cuando se trate de un nacimiento ocurrido en el territorio nacional, debidamente registrado y con la exigencia de que al menos uno de los padres se encontrara domiciliado en Colombia al momento del nacimiento."[3] (subrayado fuera de texto)

3.4 Caso Concreto

La Defensora de Familia, solicita concepto sobre el régimen de protección del niño que acaba de nacer en nuestro país, en relación con la negativa por parte de las autoridades competentes del registro civil, de inscribir a un niño recién nacido en Colombia cuyos padres venezolanos se encuentran de forma irregular en el País.

Sobre el particular se debe indicar que no se conocen los supuestos fácticos del caso en cuestión, y qué esta Oficina no tiene funciones ni competencias en materia de registro civil, ni asuntos migratorios.

No obstante, lo anterior, esta Oficina considera que las disposiciones del Código de la Infancia se aplican a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional,[4] sin importar su nacionalidad u origen familiar. En consecuencia, todos los niños y niñas nacidos en el territorio nacional y dentro del mes siguiente a su nacimiento deben inscribirse en el registro civil, dado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto 1270 de 1970, con las formalidades señaladas en dicho Decreto y mencionadas en el acápite 3.3 del presente concepto, sin que ello implique el reconocimiento de la nacionalidad colombiana.

Ahora en materia migratoria el Decreto Único del Sector de Relaciones Exteriores 1067 de 2015, que compiló entre otros el Decreto 834 de 2013, establece en el artículo 2.2.1.11.7.22., respecto del menor de edad nacido en territorio colombiano con padres extranjeros, lo siguiente:

"El menor de edad nacido en territorio colombiano de padres extranjeros que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 96 de la Constitución Política de Colombia para el reconocimiento de la nacionalidad colombiana, deberá ser presentado ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en un término no superior a ciento ochenta (180) días calendario contados a partir del momento del nacimiento para que le sea expedido el salvoconducto según corresponda".

El artículo 2.2.1.11.4.9. por su parte, establece que el salvoconducto es el documento de carácter temporal que expide la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia al extranjero que así lo requiera en diferentes circunstancias. Así para efectos de permanecer en el país:

“--SC-2. Salvoconducto para permanecer en el país, en los siguientes casos:

- Al extranjero que deba solicitar visa o su cambio conforme a las disposiciones de este capítulo. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario, prorrogable a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores en casos especiales, hasta por treinta (30) días calendario más.

- Al extranjero que deba permanecer en el territorio nacional en libertad provisional o condicional o por orden de autoridad competente por treinta (30) días calendario prorrogable hasta tanto se le defina la situación jurídica. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario, prorrogable a solicitud del interesado en casos especiales, renovables por términos no mayores a treinta (30) días calendario.

- Al extranjero que deba permanecer en el territorio nacional hasta tanto se defina su situación administrativa. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto

será de hasta por treinta (30) días calendario, prorrogable a solicitud del interesado, renovables por términos no mayores a treinta (30) días calendario.

- Al extranjero que deba permanecer en el país, mientras resuelve su situación de refugiado o asilado y la de su familia, a quienes se les podrá limitar la circulación en el territorio nacional de conformidad con el artículo 2.2.3.1.4.1 de este Decreto. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por noventa (90) días calendario, prorrogable a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, por noventa (90) días calendario más.

- Al extranjero que pudiendo solicitar visa en el territorio nacional, haya incurrido en permanencia irregular, previa la cancelación de la sanción a la que hubiere lugar. En el presente caso, el término de duración del Salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario.

- Al extranjero que a juicio de la autoridad migratoria requiera permanecer en el país por razones no previstas en el presente capítulo, el cual será expedido hasta por un término de quince (15) días, prorrogables por periodos iguales".

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,

YANNETH MORENO ROMERO

Jefe Oficina de Aseguramiento a la Calidad encargada de las funciones de la Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Sentencia C-486 de 1993. En el mismo sentido en la Sentencia C-004 de 1998 Indicó: "Pero, la personalidad tiene unos atributos, que implican derechos y obligaciones. Esos atributos son inseparables del ser humano, pues no se concibe, en el presente estado de la evolución jurídica, un ser humano carente de personalidad jurídica. Tales atributos son:

a) La capacidad de goce;

b) El patrimonio;

c) El nombre;

d) La nacionalidad;

e) El domicilio; y,

f) El estado civil, que corresponde sólo a las personas naturales.

De lo anterior cabe deducir que cuando la Constitución reconoce a toda persona [humana] el derecho a la personalidad jurídica, le está reconociendo esos atributos cuya suma es igual a tal personalidad.

En conclusión: la personalidad jurídica (formada por todos sus atributos), está expresamente reconocida por la Constitución como un derecho del ser humano, como algo inherente a él, de lo cual no puede jamás ser despojado."

2. Sentencia T450A de 2013

3. Sentencia T-075 de 2015. En el mismo sentido las sentencias T-965 de 2008 y T-1060 de 2010.

4. Artículo 4o de la Ley 1098 de 2006

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