



Al contestar cite este número



Radicado No: 202110410000164153

Bogotá D.C. 2021-11-25

Doctora
ALEIDA EVELIA OROZCO ORTEGA
Coordinadora Grupo Jurídico
ICBF Dirección Regional Bogotá
Ciudad

ASUNTO: Solicitud de concepto respecto del traslado de cenizas de menor de edad que estuvo bajo la protección del ICBF.

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, y el artículo 6°, numeral 4 del Decreto 987 de 2012 se da respuesta, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

- 1- Establecer si es competencia del ICBF emitir la autorización que permita el traslado de las cenizas de un menor de edad fallecido, quien estuvo bajo el sistema de protección del Instituto.
- 2- En caso afirmativo, establecer a cuál dependencia de la entidad corresponde autorizar el traslado.

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1 La autorización para realizar la exhumación de cadáveres de niños, niñas y adolescentes. 2.2. El caso concreto.

2.1 La autorización para realizar la exhumación de cadáveres de niños, niñas y adolescentes

Mediante conceptos 075¹, 132² y 161³ de 2016, la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección General del ICBF se pronunció entre otros temas, sobre el procedimiento para la exhumación

¹ Oficina Asesora Jurídica. Concepto 075 de 08-07-2016.

² Oficina Asesora Jurídica. Concepto 132 de 24-10-2016.

³ Oficina Asesora Jurídica. Concepto 161 de 21-12-2016.

de cadáveres con fines de disposición final de restos mortales y la autorización para realizar la exhumación de cadáveres de niños, niñas y adolescentes.

En los mencionados conceptos se explicó que resultaba determinante establecer en relación con el niño, niña o adolescente fallecido que al momento de la muerte se encontraba bajo el sistema de protección de ICBF, si sobre él ejercía el Instituto su representación legal, en virtud de la existencia o no de una decisión de declaratoria de adoptabilidad. En el primer caso, en ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad, correspondía a los padres del menor fallecido realizar las solicitudes y diligencias para la exhumación de los restos mortales del hijo. En el segundo, sería el Instituto como entidad a cargo de su cuidado y protección, la entidad a cargo de la realización de la solicitud de exhumación, así como la autorización requerida en caso de vencimiento del término de permanencia y condiciones de que trata el artículo 20 de la Resolución 5194 de 2010 expedida por el entonces Ministerio de Salud y Protección Social, hoy Ministerio de Salud, por la cual se reglamenta la prestación de los servicios de cementerios, inhumación, exhumación y cremación de cadáveres.

En los precitados conceptos se definió a quién correspondía el ejercicio de las gestiones asociadas a la exhumación de cadáveres, y comoquiera que el evento que suscita la solicitud de concepto, se contrae a lo que debe hacerse para el traslado de lo exhumado, esta Oficina, siguiendo lo expuesto por la Corte Constitucional en algunos de sus pronunciamientos⁴, conforme a las cuales la titularidad del derecho a exhumar el cadáver reside en los parientes del difunto, considera que quien tiene el derecho para solicitar la exhumación, en términos, tiene el derecho a transportar los restos del pariente fallecido para darle disposición final conforme a sus ritos y creencias.

En este sentido, en sentencia T-162 de 1994, sobre el derecho a exhumar un cadáver, la Corte Constitucional indicó que este correspondía ejercerlo a los familiares y que su disposición era un asunto regido por normas de orden público orientadas a la protección de la moral individual, comunitaria y a la salubridad pública; consideraciones reafirmadas en sentencia T-462 de 1995, en la que se indicó que las personas autorizadas para ordenar o permitir exhumaciones serían los parientes, en los grados y orden de prelación consagrados en el Código Civil y en la que también afirmó que le corresponde a la familia o a la parte de la familia que hubiere realizado el entierro, el derecho a decidir sobre el **traslado de los restos**. De igual manera, en sentencia T-462 de 1998 y conservando su postura jurídica, una vez más la Corte reitera lo expuesto en pronunciamientos anteriores, respecto de la consideración de la exhumación como manifestación del derecho fundamental a la libertad de cultos, advirtiendo que el mismo puede resultar conculcado cuando no se permite la exhumación y traslado del cadáver a otro cementerio y para fines religiosos.

Por vía jurisprudencial el tema objeto de análisis ha sido abordado desde la perspectiva del contenido del derecho a la exhumación y sus titulares, sin que concretamente se haya realizado pronunciamiento extenso en cuanto al traslado de restos, situación que no impide inferir razonablemente que quien tiene el derecho a extraer (exhumar), tendrá el consecuente derecho

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-162 de 1994. Ver sobre el mismo tema sentencias T-5177-1995, T-462-1998.

a decidir sobre la movilidad, traslado o cambio de lugar de las cenizas. Vale la pena advertir que por vía normativa o jurisprudencial no se encontró una prohibición o disposición diferente sobre el asunto⁵.

2.2 El caso concreto

La Coordinadora del Grupo Jurídico de la Regional Bogotá solicita concepto sobre la competencia del ICBF para autorizar el traslado de las cenizas y la definición de la dependencia a la que correspondería emitir la autorización.

Siguiendo lo indicado en líneas anteriores, quien ejerce la representación legal del menor de edad al momento de la muerte, es el llamado a solicitar la exhumación del cadáver y el traslado de los restos óseos.

Es importante advertir que el hecho de encontrarse el menor de edad bajo el sistema de protección de ICBF no implica que se haya consolidado la declaratoria de adoptabilidad y, por tanto, no determina que corresponde al Instituto solicitar o autorizar, según el caso, la exhumación y traslado de restos.

Debe tenerse en cuenta que aún bajo el sistema de protección del Instituto en sus distintas modalidades, la representación legal del menor -determinada o no por la existencia de una declaratoria de adoptabilidad- condiciona quiénes pueden intervenir y con cuáles derechos sobre el cadáver o los restos. En este sentido, bien puede estar un menor de edad bajo el sistema de protección de las instituciones de bienestar familiar, y sus padres conservar sobre este, la representación legal.

Por tanto y por regla general, quien en su momento haya sido titular para la exhumación, le asiste el derecho a gestionar también el traslado de las cenizas de su pariente fallecido. Para el efecto, deberá seguir las instrucciones de la Resolución 5194 de 2010 y según el caso, deberá intervenir la Dirección Regional de ICBF en los escenarios previstos y explicados en los conceptos que se adjuntan.

III. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A LA CONSULTA

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

Primera: La titularidad del derecho a exhumar y trasladar restos óseos del menor de edad que hubiere fallecido encontrándose bajo el sistema de protección del ICBF, corresponde a quien ejercía la representación legal del niño, niña o adolescente al momento de su fallecimiento.

⁵ En la Resolución 5194 de 2010 no se encuentra expresa referencia al uso, disposición o destino que pueda o deba dar el deudo a los restos óseos del pariente fallecido; mismo asunto que no podría ser objeto de regulación por cuanto constituiría interferencia irrazonable en el ejercicio del derecho a la libertad de cultos. El marco regulatorio existente supone la definición de reglas a partir de la necesidad de protección del derecho a la salud pública y control de riesgos de carácter sanitario.

Segunda: El ICBF intervendrá en términos de autorizaciones o solicitudes, en la medida en que ejerza la representación legal del menor de edad al momento de su fallecimiento por haber sido declarado en adoptabilidad, siguiendo las directrices contenidas en la Resolución 5194 de 2010 del Ministerio de Salud y Protección Social y los conceptos N ° 075, 132 y 161 de 2016 emitidos por esta Oficina Asesora.

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 el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,



ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: Conceptos OAJ N ° 075, 132 y 161 de 2016

Revisó: Martha Patricia Manrique Soacha
Proyectó: Gisell Rudas F.