

legis

Concepto ICBF No 26

Fecha: 17 de Diciembre 2021

ASUNTO: Solicitud concepto Aclaración Inquietud – Asistencia Técnica del 25 de noviembre de 2021

En atención a su solicitud del asunto, en la que requiere que esta Oficina emita concepto en cuanto al alcance de la figura de la competencia subsidiaria frente a las funciones asignadas a los defensores de familia para la atención de la población adulta mayor, nos permitimos manifestar lo siguiente:

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿La figura de la competencia subsidiaria consagrada en la Ley 1098 de 2006, aplica para las funciones asignadas a los defensores de familia frente a la población adulta mayor?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas:

2.1. La figura de la competencia subsidiaria consagrada en la Ley 1908 de 2006; 2.2. La Ley 1850 de 2017 y las autoridades que tienen a su cargo la protección del adulto mayor.

2.1. La figura de la competencia subsidiaria consagrada en la Ley 1098 de 2006

El Legislador consagró en los artículos 97 y 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia unas reglas por razón del territorio y de la subsidiariedad con el fin de determinar la competencia de las autoridades administrativas para conocer de los casos donde se estén amenazando o vulnerando los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescentes.

El artículo 98 estableció expresamente lo siguiente:

*En los municipios donde no haya Defensor de Familia, **las funciones que este Código le atribuye** serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía. (subrayado fuera de texto)*

El Decreto 4840 del 17 de diciembre de 2007, incorporado al Decreto 1069 de 2015, regula lo relacionado con la competencia subsidiaria prevista en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, y en su parágrafo 2 dispone:

Para efectos de la competencia subsidiaria prevista en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, se entenderá que en un municipio no hay Defensor de Familia cuando el respectivo Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no hubiere designado un Defensor de Familia para su atención o hasta tanto el Defensor de Familia designado no esté desempeñando sus funciones de manera permanente y continua.

Bajo esos parámetros, la competencia subsidiaria del inspector de policía debe ser entendida con carácter temporal hasta tanto se cree la defensoría o comisaría de familia en la respectiva entidad territorial, lo cual no impide que en todo tiempo deba dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 51 de la Ley 1098 de 2006.

De conformidad con lo dispuesto en las normas citadas, especialmente la Ley 1098 de 2006, la competencia subsidiaria del comisario de familia o del inspector de policía sólo se entiende referida a las funciones que el Código de la Infancia y la Adolescencia otorga al defensor de familia y al comisario de familia respectivamente, salvo la declaratoria de adoptabilidad que es competencia exclusiva del defensor de familia.

La subsidiariedad para el desarrollo de las funciones asignadas para atender a niños, niñas y adolescentes, también está desarrollada en la Ley 2126 de 2021, por la cual se regula la creación, conformación y funcionamiento de las comisarías de familia, se establece el órgano rector y se dictan otras disposiciones, la cual en el parágrafo 2 del artículo 13 al referirse a las funciones de los comisarios, señala:

En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones de este serán cumplidas por el comisario o comisaria de familia, de conformidad con el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006 o la norma que la modifique o adicione.

Así las cosas, es claro que la figura de la competencia subsidiaria a partir de la cual las comisarías de familia o los inspectores de policía deben asumir las competencias que han sido atribuidas a los defensores de familia (en los casos en los que en el respectivo municipio no haya defensor que las atienda) se encuentra limitada a las funciones otorgadas por el Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.2. La Ley 1850 de 2017 y las autoridades que tienen a su cargo la protección al adulto mayor

La Ley 1850 de 2017, "por medio de la cual se, establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las Leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones", en el artículo 9 adiciona el artículo 34 A, a la Ley 1251 de 2008, y dispone lo siguiente:

Derecho a los Alimentos. Las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios para su mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social.

Serán proporcionados por quienes se encuentran obligados de acuerdo con la Ley y su capacidad económica.

Corresponderá a los Comisarios de Familia respecto de las personas adultas mayores, en caso de no lograr la conciliación, fijar cuota provisional de alimentos.

Cumplido este procedimiento el Comisario de familia deberá remitir el expediente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que presente en nombre del adulto mayor la demanda de alimentos ante el Juez competente.

Señala la norma que dado el carácter especial, de rango constitucional, que tiene la población adulta mayor, se han establecido redes de apoyo para la protección de sus necesidades y derechos, las cuales están en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y de las secretarías municipales de Desarrollo Social, con la participación de las Personerías, la Defensoría del Pueblo, las IPS-S y la Policía Nacional. Todas estas entidades están en la obligación de resguardar a los adultos mayores, procurando su atención oportuna ante situaciones de abandono, descuido, violencia intrafamiliar y cualquier hecho que ponga en peligro la integridad física o moral de esta franja poblacional.

Es importante resaltar que de acuerdo con la ley, cuando el Defensor de Familia o el Comisario de Familia conozcan de casos diferentes a los que son de su competencia, según lo señalado en las normas anteriores, los remitirán a la autoridad facultada, con el propósito de que entre otros: i) adopten las medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos en favor de los adultos mayores, y ii) gestionen lo pertinente a la atención con las entidades territoriales.

Ahora bien, en lo que tiene que ver específicamente con los defensores de familia, la Ley 1850 de 2017 consagró para estos una función de carácter concreto e indelegable. Se entiende que

el Comisario deberá promover las conciliaciones que sean pertinentes para determinar el monto de la cuota alimentaria a favor del adulto mayor, y en caso de no lograrlas, deberá fijar la respectiva cuota provisional, de conformidad con los criterios generales para el establecimiento del derecho de alimentos en Colombia. El defensor de familia solamente está facultado para presentar la respectiva demanda de alimentos a nombre del adulto mayor, una vez el Comisario haya agotado sus funciones y corra traslado del expediente a la defensoría respectiva.

Se resalta que la Ley 1850 de 2017 es una norma de carácter especial, que establece las competencias administrativas y las medidas de protección al adulto mayor, sujeto de especial protección constitucional (sentencia T-252 de 2017 de la Corte Constitucional) y, por tanto, teniendo en cuenta la legalidad del estatuto que rige la función pública (sentencia C830 de 2001, arts. 6, 121 y 123 Constitución Política) es imperativo atender de manera estricta las funciones señaladas para cada una de las autoridades administrativas.

De esta forma, por no estar contemplado en la ley especial, no es dable aplicar el criterio de la competencia subsidiaria.

III CONCLUSIÓN

La Ley 1098 de 2006 y la Ley 2126 de 2021 establecen claramente que la figura de la competencia subsidiaria sólo es aplicable en el desarrollo de las funciones otorgadas a los defensores de familia por el Código de la Infancia y la Adolescencia, es decir, para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes. Esto implica que en lo que tiene que ver con las funciones atribuidas a dichas autoridades en temas de adulto mayor, no procede la aplicación de la referida figura.

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