



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 33 DE 2018

(mayo 23)

Bogotá D C.,

Doctor

IVAN DARIO SALAZAR BLANDON

Comisario de Familia - Caracolí - Antioquia

Carrera 21 No 21-23 parque principal

Caracolí - Antioquia

comisaria@caracoli-antioquia.gov.co

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto con radicado No. 177090

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015 y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es obligatoria la asistencia de los niños de primera infancia a las guarderías infantiles adscritas al ICBF (sic) o centros de desarrollo infantil cuando hay desacuerdo entre los padres? ¿Cuál es la autoridad competente para dirimir este conflicto?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

El presente problema jurídico se abordará de la siguiente forma 2.1 El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes. 2.2 Los derechos y obligaciones de los padres con sus hijos menores de edad; 2.3 Las competencias de los Comisarios de Familia, 2.4 El caso en concreto.

2.1. El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes

El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes tiene sustento constitucional en los artículos 44 y 67 de la Carta Política, que establecen su carácter fundamental, así como las condiciones mínimas en las cuales debe garantizarse.

La Ley 1098 de 2006 por su parte, estableció en el artículo 28 el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una educación de calidad.

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental y prestacional - como servicio público de la educación indicando, que. en este último, el servicio debe cumplir con cuatro dimensiones, adicional a la garantía de no limitación o restricción.

“(i) La asequibilidad o disponibilidad del servicio que, de manera general, se refiere a la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas para ponerlas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso a este sistema lo que implica entre otras cosas el deber de abstenerse de impedir a los particulares fundar colegios, escuelas o cualquier tipo de centro educativo y la necesidad de asegurar la inversión en infraestructura para la prestación de este servicio.

(ii) La adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice la continuidad en la prestación del servicio:

(iii) La aceptabilidad, la cual hace alusión a la necesidad de asegurar la calidad de la educación que se imparte;

(iv) Y finalmente la accesibilidad, que se refiere a la obligación del Estado de garantizar el ingreso de todos en condiciones de igualdad al sistema educativo y al deber de facilitar tanto como sea posible el acceso al servicio desde el punto de vista geográfico y económico

(...) cualquier intento de restringir alguno de los anteriores criterios sin obedecer a una justa causa debidamente expuesta y probada, deriva en arbitrario y. por ende, en estos casos el afectado puede acudir a la acción de tutela y a los demás instrumentos jurídicos y administrativos para exigir el cese inmediato de la vulneración. Mucho más, evidentemente, cuando quiera que los afectados por tales medidas sean niños, caso en el cual adquiere una mayor importancia el evitar que su acceso al sistema educativo sea limitado por trabas requisitos u obstáculos adicionales”^[1]

Para el caso de los niños, niñas y adolescentes, la Corte ha puesto el énfasis en la accesibilidad y permanencia del servicio educativo, para garantizar el ejercicio del derecho:

En el marco del derecho fundamental a la educación de las niñas y los niños, el Estado tiene la obligación de garantizarles establecimientos apropiados y el acceso digno al sistema de educación, así como la permanencia en el mismo. La accesibilidad implica la obligación del Estado de asegurar el acceso de todas las personas a la educación en condiciones de igualdad y libres de toda forma de discriminación, así como facilidades en términos geográficos y económicos para acceder al servicio. En este orden, como lo señala la Observación No. 13 antes mencionada, la accesibilidad consta de tres (3) dimensiones (i) la no discriminación, (ii) la accesibilidad material, y (iii) la accesibilidad económica".^[2]

Sobre el ingreso al Sistema de Educación formal, la Constitución Política establece en el artículo **67 que será obligatorio entre los cinco y los quince años de edad** y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

El artículo 29 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece el derecho al desarrollo integral en la primera infancia, esto es de los 0 a los 6 años de edad, y reconoce como derechos impostergables de esta etapa del ciclo vital, la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos y la educación inicial.

Sobre la educación inicial, la Ley 1804 de 2016, "por la cual se establece la política de estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre y se dictan otras disposiciones", consagra en el artículo 5 que la educación inicial es un derecho de los niños y niñas menores de seis (6) años de edad que se "concibe como un proceso educativo y pedagógico intencional, permanente y estructurado, a través del cual los niños y las niñas desarrollan su potencial, capacidades y habilidades en el juego el arte, la literatura y la exploración del medio, contando con la familia como actor central de dicho proceso. Su orientación política y técnica, así como su reglamentación estarán a cargo del Ministerio de Educación Nacional y se hará de acuerdo con los principios de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre".

Como puede verse si bien la educación formal y obligatoria de acuerdo con la Constitución Política inicia a los 5 años de edad, a los niños y niñas en su primera infancia se le reconoce el derecho a la educación inicial de acuerdo con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional.

2.2. Los derechos v obligaciones de los padres con sus hijos menores de edad

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad:

"es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".

Con la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia la patria potestad fue adicionada por la denominada responsabilidad parental, tal y como se expresa en el artículo 14: ...es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológico o actos que impidan el ejercicio de sus derechos. Es así como la responsabilidad parental se caracteriza entonces por propugnar por relaciones de intercambio y no de subordinación, estableciendo una igualdad de derechos entre padres e hijos; de la misma manera, plantea una limitación a los poderes de los padres con el objeto de promover la autonomía de los hijos y proporciona un equilibrio entre la guía y conducción paternas y la capacidad evolutiva de los niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos, proscribire todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad.

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003/07 manifestó:

En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo".

Así pues, la patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, que sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que, a falta de uno de los padres la patria potestad será ejercida por el otro.

Ahora en cuanto a los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, tenemos entre otros, el derecho de custodia y cuidado personal, las visitas y los alimentos.

En cuanto al primero, es importante mencionar que hace parte integrante de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y goza de Lina especial protección a nivel supranacional, constitucional y legal, es así que la Convención Americana de los Derechos del Niño lo establece en sus artículos 7, 8 y 9, la Constitución Política de Colombia lo consagra en su artículo 44 y el Código de Infancia y Adolescencia lo garantiza y desarrolla en su artículo 23.

La custodia se refiere al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales la tiene el padre que conviva con el menor de edad En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.

El padre que ostenta la custodia y el cuidado personal de su hijo menor de edad, debe garantizarle a éste su derecho fundamental a las visitas de su otro progenitor, quien también tiene el deber de mantener la relación afectiva con éste.

Estos derechos de custodia y visitas pueden regularse por los padres a través de conciliación o por autoridad administrativa o judicial con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de evidenciarse una inobservancia, amenaza o vulneración de los mismos.

Esta facultad de los Estados de regular o limitar los derechos de los padres sobre los hijos, y especialmente el de custodia y visitas, se encuentra consagrada en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (subrayado fuera de texto).

Sobre esta facultad, la Corte Constitucional ha señalado:

En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.^[4]

Asimismo, la obligación alimentaria de los padres respecto de sus hijos, puede ser regulada por las partes de común acuerdo a través de conciliación extrajudicial o fijada por un Juez en proceso contencioso de familia.

El derecho de alimentos de los niños niñas y adolescentes se encuentra establecido en el artículo 44 de la Constitución Política así como en el 24 ^[5] del Código de la Infancia y la Adolescencia La Corte Constitucional lo ha definido en los siguientes términos:

"(...) aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a dadas lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrolló del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia. Así, la obligación alimentaria se establece sobre tres condiciones fundamentales: I) la necesidad del beneficiario; li) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia y. iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”,^[6]

Es así como el derecho de alimentos se deriva sin lugar a equívocos del vínculo familiar y es una obligación que tiene fundamento en el principio de la solidaridad, con la premisa que el alimentario no está en la capacidad de asegurarse su propia subsistencia.

2.3. Las competencias de los comisarios de Familia

La Ley 1098 de 2006 determinó que las Comisarias de Familia son entidades distritales, municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y que tienen como objetivo prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia transgredidos por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

Así mismo, las Comisarías de Familia cumplen una función de entidades conciliadoras, facultad que les otorgó la Ley 640 de 2001 artículos 31 y 40.

Son entidades que forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del respectivo municipio o distrito Tienen funciones y competencias de Autoridad Administrativa con funciones judiciales, de autoridad administrativa de orden policivo y Autoridad Administrativa de Restablecimiento de Derechos, entre otras.

Como Autoridad Administrativa con funciones Judiciales le corresponde a las Comisarias de Familia recibir y tramitar las solicitudes de protección que formulen los ciudadanos o ciudadanas por hechos de violencia intrafamiliar, de conformidad con las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 reglamentada por el Decreto 652 de 2001 y Ley 1257 de 2008 y lo dispuesto en los numerales 1,4 y 5 del Artículo 86 de la Ley 1098 de 2006.

Como Autoridad Administrativa de Restablecimiento de Derechos y en cumplimiento de esta competencia al Comisario le corresponde procurar y promover la realización y el restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política, en el Código de Infancia y Adolescencia, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 4840 de 2007.

La Ley 294 de 1996, de prevención o protección contra la violencia intrafamiliar introdujo mecanismos y procedimientos adecuados a esos fines, otorgando esta facultad al Juez de Familia Luego, al ser modificada y expedirse la Ley 575 de 2000. amplió dicha facultad a los Comisarios de Familia, permitiéndoles la imposición de medidas de protección provisionales o definitivas contra el agresor, la solicitud de pruebas periciales la orden de arresto y todas aquellas funciones inherentes a la protección y prevención de todas las formas de violencia intrafamiliar.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, el Código de la Infancia y la adolescencia estableció en el artículo 86 sus funciones, y en el artículo 98 se consagró la denominada competencia subsidiaria, la cual opera cuando en el municipio no haya Defensor de Familia, en cuyo caso el Comisario asume las funciones atribuidas a este salvo la declaratoria de adoptabilidad, que corresponde exclusivamente al Defensor.

En ejercicio de dicha competencia subsidiaria corresponde a los Comisarios de Familia conocer de los procesos de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en todos los eventos de amenaza, inobservancia o vulneración de los mismos, por lo cual podrán adoptar además de las medidas de protección establecidas en las leyes especiales sobre violencia intrafamiliar, las de restablecimiento señaladas en el artículo 53 y cumplir las funciones atribuidas en el artículo 82 al Defensor de Familia.

Ahora bien, en asuntos conciliables, el artículo 31 de la Ley 640 de 2001 define que la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación ante los **defensores y los comisarios de familia**, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991. (Se subraya para destacar).

De acuerdo a la anterior normatividad, los defensores de familia y comisarios de familia están facultados para adelantar conciliaciones extrajudiciales en materia de familia, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad en los siguientes asuntos.

- La suspensión de la vida en común de los cónyuges;
- La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes;
- La fijación de la cuota alimentaria;
- La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico.
- La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges;
- Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales, y aquellos asuntos definidos por el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, como sujetos a conciliación extrajudicial para acreditar requisito de procedibilidad en asuntos de familia.^[7]

2.4. El caso en concreto

El Comisario de Familia pregunta si es obligatoria la asistencia de los niños de 0 a 6 años al jardín, y si hay desacuerdo entre los padres quién es la autoridad competente para intervenir.

Al respecto, debe señalarse que el ingreso al Sistema de Educación formal **será obligatorio entre los cinco y los quince años de edad** y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

Es importante señalar que si bien la educación formal y obligatoria de acuerdo con la Constitución Política inicia a los 5 años de edad los niños y niñas en su primera infancia se le reconoce el derecho a la educación inicial, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional.

En cuanto a quién es la Autoridad competente para dirimir este tipo de controversias, es importante señalar que tanto los Defensores como los Comisarios de Familia, son competentes para adelantar audiencias de conciliación en familia así como restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren amenazados o vulnerados, así como adoptar las acciones que considere pertinentes articulando el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuando los derechos se encuentren inobservados.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto ^[8] 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

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Sentencia T-1259 de 2008.

2. Sentencia T-273 de 2014

3. Corte Constitucional. Sentencia C-1003/07. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 (parcial) del artículo 315 del Código Civil. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4. Sentencia T-115 de 2014

5. los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico psicológico, espiritual, moral cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto".

6. Sentencia C-029 de 2009.

7. Resolución 5878 de 2010 por medio del cual se aprueba el lineamiento técnico para Comisarías de Familia.

8. "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. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle 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.