



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 40 DE 2019

(abril 10)

MEMORANDO

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto con radicado No 1-2019-020436-0101 del 26/02/2019

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 de la siguiente manera:

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Existe conflicto de competencia para que una misma Autoridad Administrativa conozca del PARD tanto de la víctima como del victimario en presuntas situaciones de violencia sexual, cuando ambos son menores de edad?

¿Cuál es la autoridad administrativa competente para adelantar Proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos, por situaciones de violencia, sexual al interior de la familia?

2. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1. El Proceso de Restablecimiento de Derechos; 2.2. Concepto de

Violencia intrafamiliar; 2.3. Violencia sexual en el contexto de la violencia intrafamiliar; 2.4. La competencia de las Comisarias de Familia.

2.1. El proceso de Restablecimiento de derechos

El Código de la Infancia y la Adolescencia, es el estatuto que regula de manera integral la atención, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este, se consagran normas de orden público, de carácter irrenunciable y de aplicación preferente, que de acuerdo con su artículo 4o, se aplican a todos los niños, niñas y 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.

El capítulo IV del libro I del Código de la infancia y la Adolescencia, regula el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el conjunto de actuaciones que la autoridad administrativa competente debe desarrollar para la restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que han sido vulnerados.

Dicho proceso, constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia, y en él se incorporan las normas generales y superiores de respeto al debido proceso. Así lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia T -768 de 2013, con ponencia del Honorable magistrado Jorge Ignacio Pretet Chaljub, al manifestar:

"En consonancia con lo anterior; es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y al debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem.

2.6.2. Entonces, el proceso de restablecimiento de derechos es definido como un trámite administrativo que debe ceñirse a los postulados constitucionales y legales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso".

El PARD se compone de etapas procesales bajo la dirección de la autoridad administrativa, quien tiene unos claros deberes y poderes de instrucción y decisión, los cuales se ejercen bajo los anteriores principios, especialmente el debido proceso de las partes involucradas, que pueden participar activamente en todas las etapas, solicitar pruebas, controvertirlas e interponer los recursos que la Ley ha determinado contra las decisiones adoptadas.

Como puede verse, el PARD es un auténtico proceso garantista y respetuoso tanto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como de las demás partes, padres, familiares e

intervinientes, y el defensor de familia es la autoridad competente, llamada a materializar dichas garantías y de promover la lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en éste.

Respecto de las autoridades competentes para el restablecimiento de derechos, los artículos 96 a 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establecen las reglas de competencia para conocer de los procesos administrativos, indicando que corresponde a los defensores de familia y comisarlos de familia, procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código.

Se trata entonces, de un proceso administrativo que pretende el restablecimiento de los derechos de los menores de edad, proceso que no está compuesto por las figuras del demandante y del demandado como el proceso penal; se trata de una causa que tiene como figura principal al niño, niña o adolescente en la condición en la que se encuentre, así como al logro efectivo del restablecimiento de sus derechos.

Por tanto, es claro que un mismo defensor de familia, puede ser competente para conocer de los casos de dos menores de edad en su condición de víctima y victimario de cualquier delito, incluso del de violencia sexual.

2.2. Concepto de violencia intrafamiliar

Se ha dicho que la violencia intrafamiliar, es toda acción u omisión protagonizada por uno o varios miembros de la familia a otros parientes, infringiendo daño físico, psicoemocional, sexual, económico o social, cuyo despliegue tiene por epicentro la familia y afecta a sus miembros, según las diversas tipologías de grupos familiares existentes en la sociedad.

La Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 1257 de 2008, hace referencia a los contextos de maltrato físico, síquico, trato cruel o intimidatorio o degradante que cause daño en el cuerpo o en la salud sicológica, u obligar o inducir al consumo de sustancias psicotrópicas, o consumirlas en presencia de menores u otro tipo de afectación a los miembros del-núcleo familiar. Dicha concepción es amplia y enumera un conjunto de conductas que alteran la sana convivencia en el núcleo familiar mediante el uso abusivo de la fuerza en el mismo.

Para el Código Penal, en su artículo 229, dicha conducta se tipifica cuando una persona maltrata física o sicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, con lo cual la definición resulta más simple, reduciéndola a los planos de afectación física o mental de la víctima.

No obstante lo anterior, es necesario reconocer que dicho fenómeno cada vez más, es abordado desde el enfoque diferencial, de derechos humanos, poblacional, restaurativo y, en particular, con un enfoque de género, que ha permitido precisar cómo dicha violencia intrafamiliar, puede tener un carácter específico, incluso en el núcleo familiar.

De acuerdo con lo arriba citado, resulta claro que la violencia intrafamiliar, se manifiesta dentro del círculo social más próximo de las personas, que es su familia, pero puede afectar a cualquiera de sus miembros, con lo que no es un fenómeno que se concentre específicamente en los niños, niñas o adolescentes o en las mujeres, sino que puede originarse en o extenderse

a cualquier miembro de dicho vínculo interpersonal, no siendo un fenómeno exclusivo del enfoque de infancia o adolescencia.

Las conductas punibles en contra de la libertad, integridad y formación sexuales, tipificados en el Título IV del Libro II del Código Penal, atenían gravísimamente contradicho bien jurídico cuando se configuran en contra de un niño, niña o adolescente, máxime si se dan en el contexto intrafamiliar.

A partir de este concepto, se pueden desglosar diferentes tipos de violencia, como son la violencia física, emocional, económica, y la sexual entre otras.

En cuanto a la violencia sexual, podemos decir que la misma ha sido definida por la doctrina como toda acción en que la persona sea obligada, inducida bajo constreñimiento o presionada a realizar o presenciar prácticas sexuales (con o sin penetración) no deseadas, o no acordes con su proceso de desarrollo sexual, social y afectivo. Incluye toda acción mediante la cual la persona es inducida u obligada a prácticas sexuales como medio para la consecución de recursos materiales o económicos.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T-967 de 2014, con ponencia de la doctora Gloria Estella Ortiz Delgado, al referirse al tema de la violencia intrafamiliar la definió como “aquella que se propicia por el daño físico, emocional, sexual, psicológico o económico que se causa entre los miembros de la familia y al interior de la unidad doméstica. Esta se puede dar por acción u omisión de cualquier miembro de la familia.”

De lo anterior se colige que, la violencia sexual puede configurarse como una de las manifestaciones de la violencia intrafamiliar, por lo que deberá ser atendida como tal, por las autoridades competentes.

2.3. La competencia de los defensores de familia

El Código de la infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006, define los elementos sustanciales y procedimentales de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el ejercicio pleno de sus derechos y garantías. Es así como en su artículo 79, dicha norma establece en qué sentido los defensores de familia, son autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en tanto que están encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los menores de edad.

Así las cosas, el defensor de familia es un servidor público del Estado, dependiente del ICBF, con funciones administrativas y excepcionalmente judiciales, las cuales están dirigidas a promover la protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva .

En cuanto a las funciones del Defensor de Familia, es preciso señalar que las mismas se encuentran relacionadas con la intervención para la garantía de la protección de los niños, las niñas y los adolescentes, donde se debaten sus derechos, y tienen un fundamento de rango

constitucional de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, que ampara y protege los derechos fundamentales que le asisten.

Específicamente en la Ley 1098 de 2006, el artículo 82, indica los asunto que son de competencia de los Defensores de Familia, habiendo que precisar en este punto que además de las establecidas en la Ley 1098 de 2006, el Defensor de Familia cumple funciones previstas en el Código Civil, Ley 75 de 1968, Ley 575 de 2000, Ley 640 de 2001, Código de Procedimiento Civil, Decreto 1260 de 1970, Decreto 1379 de 1972. Decreto 2272 de 1989, entre otras.

Por su parte, el artículo 98 de la misma ley, define la competencia subsidiaria de los Comisarios de Familia, ante la inexistencia de una Defensoría de Familia en el municipio en que se presente la necesidad de atender casos que involucren derechos de niños, niñas y adolescentes, evento en el cual los Comisarios de Familia, son los llamados a cumplir las funciones originalmente establecidas en cabeza de los Defensores de Familia.

Ahora bien, no obstante lo anterior es importante precisar que, frente a la necesidad inmediata de adoptar medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos, a pesar de no ser competente de manera directa, sino subsidiaria, la autoridad que conoce del asunto debe tomar dichas decisiones en virtud de la celeridad y de la inminencia que el mismo requiere, lo cual no implica un desplazamiento de la competencia sustancial ni procedimental de la autoridad competente; es decir, la autoridad que conoce de manera inmediata del caso, una vez se tomen las medidas pertinentes de manera urgente debe dar traslado del mismo, a la autoridad originalmente competente; en el caso de la violencia intrafamiliar, que es de resorte de las comisarías de familia, se deberá dar traslado urgente del caso, de las Defensorías a las Comisarías de Familia.

2.4. La competencia de las comisarías de familia

Las comisarías de familia fueron creadas por el Decreto 2737 de 1989, 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.

La Ley 1098 de 2006, determinó que las comisarías 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.

Como autoridad Administrativa con funciones de policía judicial, les corresponde 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, lo dispuesto en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 y Decreto 1069 de 2015 (Decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho).

Como autoridad Administrativa de orden policivo, ejercen la vigilancia, protección, promoción, control y sanción en relación con las normas protectoras de la familia, la niñez, la mujer, la juventud y la tercera edad, de conformidad con el numeral 9 del artículo 86, en concordancia con los artículos 106 y 190 de la Ley 1098 de 2006 y Código General del Proceso y de acuerdo a las funciones o a las competencias que en cada caso particular le asignen los Concejos municipales o distritales.

Como autoridad administrativa de Restablecimiento de Derechos, 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 la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1069 de 2015.

Antes de la expedición de la Ley 1098 de 2006, la función de representación judicial era exclusiva del defensor de familia, pero a raíz de la llamada "Competencia Subsidiaria", de manera automática se trasladó esta función al Comisario de Familia, pues el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, estableció expresamente que en los municipios en donde no haya defensor de familia, las funciones previstas en el Código, estarán en cabeza del comisario de familia; en ausencia de este último, las funciones asignadas al Defensor, y al Comisario de Familia corresponderán al Inspector de Policía.

En ese sentido, la competencia que se le otorga en el artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al Comisario de Familia de asumir las funciones previstas por el Código al Defensor de Familia es de carácter subsidiaria, en el entendido que, en ausencia de este, es la autoridad administrativa mejor capacitada para asumir dicha labor.

De otro lado, el Decreto 1069 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector de Justicia y del derecho regula lo relacionado con la competencia subsidiaria prevista en el parágrafo 2o del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006; en su artículo 2.2.4.9.2.1 del Decreto 1069 de 2015, que derogó el Decreto 4840 de 2007, indica claramente respecto de la competencia de los Defensores, y Comisarios de familia que:

“El Defensor de Familia se encargará de prevenir; garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato amenaza o vulneración de derechos diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar.” (El subrayado es nuestro)

El Comisario de familia, se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos, de los niños, niñas, adolescentes y demás, miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar. (Destacado fuera del texto original).

Con lo anterior, es claro que, para el legislador el único criterio diferenciador de las competencias lo genera el ámbito de la violencia intrafamiliar, el cual radica en cabeza de las Comisarías de Familia los asuntos que así se produzcan.

Así, un comisario de familia que conoce de un caso de violencia sexual en contra de un niño, niña o adolescente, que no haya sido cometido dentro del ámbito familiar, no podrá abstraerse

de dar atención inmediata y oportuna a dicha víctima, mediante la ruta de atención que para víctimas de violencia sexual prevé la Resolución 459 de 2012 y los actos urgentes que para dichas conductas punibles, prevén dicha norma y las normas de procedimiento penal.

En tal sentido y por las características especializadas de dichas conductas punibles y de las de las mismas víctimas (cuando son niños, niñas o adolescentes) es necesario que la comisaría de familia, brinde la atención prioritaria y de manera inmediata, tomando las medidas urgentes del restablecimiento.

A este respecto, se reitera lo dicho por esta Oficina Asesora Jurídica en diversos conceptos sobre el criterio orientador de las rutas de atención, que es la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

3. CONCLUSIONES

Primera: El proceso de restablecimiento de derechos, es un trámite de naturaleza administrativa, en el que no se contemplan las figuras de demandante y demandado, y en el que el eje principal lo constituye el menor de edad y el restablecimiento de los derechos que le han sido amenazados o vulnerados, por lo que en los eventos en los que la víctima y el victimario en situaciones de violencia sexual, sean niños, niñas o adolescentes, el defensor de familia podrá conocer del PARD de cada uno de ellos al mismo tiempo, sin que se generen conflictos de competencia.

Segunda: La violencia sexual se configura de acuerdo con los desarrollos legales y jurisprudenciales, en un tipo de violencia intrafamiliar, por lo que en los eventos en los que las conductas de violencia sexual que afecten a un niño, niña o adolescente, se presenten dentro de la dinámica familiar, se entiende que dicha violencia es de carácter intrafamiliar y por ello, dichos casos serán de competencia de las Comisarías de Familia; solamente en los casos en los que las víctimas de la violencia sexual, sean menores de edad, y dicha conducta se presente por fuera del contexto familiar, la competencia para conocer de los mismos, corresponderá a los defensores de familia.

Tercera: De acuerdo con lo ordenado por el Código de la infancia y la Adolescencia, cuando los defensores de familia, tengan conocimiento de primera mano de un caso de violencia sexual acaecido dentro del entorno familiar y en el que la víctima sea un menor de edad, deberá, en acatamiento del principio del Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes, previo al traslado del mismo al comisario de familia respectivo, adoptar las medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos, sin que esto implique un desplazamiento de la competencia sustancial ni procedimental de la autoridad competente.

El presente concepto no resulta 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 con 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 institucionales, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MÓNICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

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