



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 00000053 DE 2018

(Agosto 8)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto con radicado No. 363020

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

¿Puede la Comisaría de Familia como Autoridad Administrativa iniciar un proceso ejecutivo a favor de un menor de edad que carece de representación legal?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1 Naturaleza y Funciones de las Comisarías de Familia; 2.2 La función de las autoridades administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; 2.3 La competencia subsidiaria prevista en la Ley 1098 de 2006; 2.4 Intervención del Comisario de Familia en actuaciones judiciales a favor de niños, niñas y adolescentes.

2.1. Naturaleza y funciones de las Comisarias de Familia

Las Comisarías de Familia fueron creadas por el Decreto 2737 de 1981, 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 Comisarías 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, lo dispuesto en los numerales 1, 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 arts. 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 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 la Infancia y la Adolescencia, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1069 de 2015.

La Ley 1098 de 2006^[2] 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.

Ahora bien, el artículo 2.2.4.9 2.1 del Decreto 1069 de 2015^[3] que derogó el Decreto 4840 de 2007, indica claramente respecto a 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 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 suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar. (..).”

2.2. La función de las autoridades administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

El Código de la Infancia y la Adolescencia tiene como finalidad garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes su pleno desarrollo en el seno de la familia y la comunidad, con prevalencia de la igualdad y la dignidad humana sin ningún tipo de discriminación.

Esta Ley establece tanto las normas sustantivas como procedimentales relacionadas con la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, buscando garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución Política y las leyes nacionales.

La normatividad establecida en el Código de la Infancia y la Adolescencia aplica para todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el país, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad cuando una de ellas sea colombiana.^[4]

Al respecto, la Corte Constitucional precisó respecto al Código de la infancia y la Adolescencia que: "El propio ordenamiento establece que sus normas son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial, por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados al citado código (arts. 5 y 6)".^[5]

En el capítulo III de dicho Código se establece cuáles son las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya función primordial será prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los menores de edad.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó los artículos 81, 82 y 85 de la Ley 1098 de 2006 señalan los deberes y las funciones del defensor y del comisario de familia, siendo evidente que la misión encomendada es garantizar, proteger y restablecer los derechos prevalecientes de los menores de edad".^[6]

En efecto, en el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 se contempla que "Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código"

Así las cosas, las funciones de las Defensorías y Comisarías de Familia, van dirigidas a la protección integral de los derechos de los menores de edad, a fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva.

2.3. La competencia subsidiaria prevista 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 por razón de la subsidiariedad) con el fin de determinar la competencia de las autoridades administrativas para conocer de los casos donde se esté amenazando o vulnerando los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

La figura de la competencia subsidiaria, se encuentra contemplada en el artículo 98 de la citada Ley así: "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".

En ese sentido, la competencia que se le otorga al Comisario de Familia de asumir las funciones del Defensor de Familia es de carácter supletorio, en el entendido que en ausencia de éste, es la autoridad administrativa mejor capacitada para asumir dicha labor.

Así las cosas, a falta de Defensor de Familia en el municipio, deberá el Comisario de Familia asumir todas las funciones del Defensor, excepto la declaratoria de adoptabilidad, caso en el cual, una vez adelantado el correspondiente proceso administrativo de restablecimiento de derechos, deberá remitir el proceso al Defensor de Familia más cercano para que, si lo considera pertinente, declare la adaptabilidad del menor de edad.

2.4. Intervención del Comisario de Familia en actuaciones judiciales a favor de niños, niñas y adolescentes

La competencia subsidiaria del Comisario de Familia o el Inspector de Policía 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 declaración de adoptabilidad, que es competencia exclusiva del Defensor de Familia.

Por consiguiente la Ley 1098 de 2006, asignó funciones al Defensor de Familia taxativas las cuales se encuentran en el art. 82 de la Ley 1098 de 2006, y refieren entre otras, adelantar actuaciones administrativas para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, emitir conceptos ordenados por la ley, promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, conceder permiso para salir del país a los niños, niñas o adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del Juez, promover conciliaciones extrajudiciales, citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial y la más importante por su carácter indelegable, la de autorizar la adopción en los casos previstos en la ley, entre otras.

Frente a las actuaciones judiciales, la función del Defensor de Familia para representar a los niños y adolescentes y presentar demandas a su favor, se encuentra consagrada en los numerales 11 y 12 de la precitada ley, la cual, a su tenor literal indica:

"...11. Promover los procesos o trámites judiciales a que hay lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar. **12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales** o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos (...)"^[7] Negritillas fuera de texto.

De igual forma, al estudiar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos ejecutadas por el Defensor de Familia, art. 53 de la Ley 1098 de 2006, legítima a la autoridad administrativa en el numeral 7, a presentar las acciones judiciales necesarias para restablecer los derechos vulnerados de los niños, niñas y adolescentes.

"Medidas de restablecimiento de derechos. Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

(...) 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar".^[8](Negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, el Comisario de Familia por competencia subsidiaria, es competente para promover, intervenir y llevar hasta su culminación las acciones judiciales que sean necesarias a favor de los niños, niñas y adolescentes que por sus circunstancias especiales así lo requieran en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.

2.5. El caso en concreto

En el caso bajo estudio, pregunta la consultante si un comisario de familia se encuentra facultado para presentar una demanda ejecutiva a favor de una menor de edad que no está actualmente sujeta a patria potestad y que hasta el momento, a pesar de estar en curso una solicitud de designación de guardador, no le ha sido asignada una familiar de manera provisional.

Al respecto, tal y como lo señalamos en este concepto, las comisarias de familia por competencia subsidiaria, si están facultadas para promover las acciones judiciales que se requieran en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, más si se tiene en cuenta que en el caso que se consulta se trata de una menor de edad que carece de representante legal y necesita la protección de sus derechos.

Así las cosas, mientras no se le haya designado un guardador, deberá la Autoridad Administrativa actuar en defensa de sus derechos.

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

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

1. Código del Menor. Título Cuarto Comisarías de Familia. Artículo 299.
2. Ley 1098 de 2006. Artículo 83.
3. Por medio de la cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”.
4. Artículo 4o de la Ley 1098 de 2006.
5. Corte constitucional, C-149 del 11 de marzo de 2009, M. P. Dra. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
6. Corte Constitucional. Sentencia C-690/08, expediente D-8939 M. p. Nilson Pinilla Pinilla.
7. Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006. Art. 82 numeral 11.
8. Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006. Art. 82 numeral 7.

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