



CONCEPTO 146 DE 2015

(Noviembre 27)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/451967

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia – ICBF Regional Bogotá, Centro Zonal Usaquéen

ASUNTO: Respuesta a su solicitud de concepto radicado No.; 451.967 de 23.10.2015, referente al Procedimiento de entrevista a niños, niñas o adolescentes dentro de PARD.

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, así como en el artículo 6o, numeral 4o, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. Problema Jurídico.

1.1. En atención a un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, un Juez de Familia le solicita al ICBF el restablecimiento de los derechos de unos niños, para lo cual, la Defensora de Familia ha citado en dos oportunidades a la progenitora de los mismos,

para entrevistarlos y definir su situación jurídica. Ante la no comparecencia de la progenitora con sus hijos, ¿puede la Defensora de Familia trasladarse al domicilio de los menores de edad para realizarles la entrevista?

2. Análisis del Problema Jurídico.

Metodológicamente el presente concepto se emite dentro de las siguientes líneas argumentativas: 2.1 El Interés Superior de los niños, las niñas y los adolescentes. 2.2 Competencia de la autoridad administrativa y deberes y funciones del Defensor de Familia 2.3. Práctica de pruebas fuera de la sede, en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

2.1 El Interés Superior de los niños, las niñas y los adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que (...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Subraya fuera de texto).

La Constitución Política en el artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia[1] se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como (...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.[2]

En efecto, la Corte ha afirmado que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.[3]

Así mismo, sostuvo que:

[E]l interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.[4]

De otra parte, en el Estatuto Integral del Defensor de Familia respecto al interés superior del niño, la niña y el adolescente se señala que: se ve reflejado en una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que a los menores de edad se les debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad (...)

En el mismo, sentido y en atención a la Ley 1098 de 2006, debe entenderse que para preservar el interés superior del niño, niña o adolescente, el Defensor de Familia dirige el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, para lo cual, sus facultades están claramente establecidas en la misma Ley 1098.

2.2. La competencia de la autoridad administrativa y deberes y funciones del Defensor de Familia.

En este punto es importante precisar que la competencia administrativa es la atribución que la ley le otorga a algunas personas u órganos del Estado para conocer y decidir determinados asuntos de la administración pública.

Específicamente respecto de la competencia de las autoridades administrativas, el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006, dispone 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.

El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los Defensores y Comisarios de Familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

Por su parte, el artículo 97 ibídem establece la competencia de éstos funcionarios así:

Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar, en donde se haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, es claro que en materia de infancia y adolescencia, la autoridad administrativa competente para conocer del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos es la del lugar donde se encuentre e niño, niña o adolescente.

De acuerdo con los numerales 1o y 4o del artículo 81 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

Artículo 81. Deberes del Defensor de Familia. Son deberes del Defensor de Familia:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

(...)

4. Emplear las facultades que esta ley le otorga en materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

Así, la norma deja claro que domó director del Proceso, el Defensor de Familia se encuentra facultado para decretar toda aquella prueba que estime conducente y pertinente, para los fines del procedimiento y la resolución de la situación jurídica del mismo.

Por su parte, y de acuerdo con el artículo 82 de la misma Ley, el Defensor de Familia cuenta con los instrumentos jurídicos necesarios para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza, por lo que reitera el carácter obligatorio de tener en cuenta dichos mecanismos, de cara al interés superior de niños, niñas y adolescentes, so pena de las consecuencias previstas en el parágrafo del artículo 81 de dicha Ley 1098 de 2006.

Dado que el Defensor de Familia es la autoridad administrativa encargada de garantizar, proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sus funciones están consagradas en la Ley 1098 de 2006 y la Resolución No. 0652 de 2011 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Estatuto del Defensor de Familia, allí se consagran las funciones generales de esta autoridad administrativa, en el Título Preliminar, Capítulo Segundo, numeral 4o:

4. Funciones Generales del Defensor de Familia. Los Defensores de Familia tienen como funciones aquellas encaminadas a la prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos, las cuales se concretan en actuaciones administrativas y de policía que les corresponden como integrantes del I.C.B.F., y en acciones judiciales, administrativas, civiles, penales y de jurisdicción de familia, relativas a la adopción, alimentos, conciliaciones, denuncias penales, asistencia en los procesos del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, y en general, toda la gama de intervenciones previstas en el artículo 82 y demás normas concordantes del Código de la Infancia y la Adolescencia. Entre tales

funciones, merece destacarse aquella en la que el Defensor de Familia actúa como máxima Autoridad Administrativa para verificar, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y los adolescentes, a través de las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la ley de infancia y adolescencia.[5]

Frente a las actuaciones judiciales, el Estatuto consagra que el Defensor de Familia debe intervenir en los procesos donde se litigan derechos de niños, niñas y adolescentes, como son los de suspensión o privación de la patria potestad; la emancipación judicial; sucesión y petición de herencia; procesos de filiación; investigación de paternidad; Impugnación de paternidad y maternidad entre otros Y se expresa que, en todo caso, el Defensor de Familia será citado a las diligencias judiciales que requiera el Juez siempre que se discutan derechos de menores de edad.

Las funciones taxativas de ésta autoridad administrativa reiteramos se encuentran en el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, las cuales se refieren entre otras, a adelantar actuaciones administrativas para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; emitir conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas; 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.

En lo que nos atañe, la función del Defensor de Familia para representar a los niños y adolescentes en las actuaciones judiciales y presentar demandas a su favor, está consagrada en los numerales 11 y 12 de la precitada ley, a su tenor literal se consagra:

Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia: (...) 11. 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, 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.[6]

De igual forma, al estudiar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos ejecutadas por el Defensor de Familia, artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, legitima 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.[7]

Acorde con las normas citadas el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, aprobado por el ICBF mediante Resolución 5929 de 2010, establece con meridiana claridad en materia probatoria las etapas en el proceso en las cuales se decretan, practican, corre traslado, se garantiza el derecho de contradicción y se falla con base en las pruebas obrantes en el proceso. En cuanto a la entrevista con los niños, niñas o adolescentes el lineamiento establece los aspectos técnicos para su realización.

La Corte Constitucional, en sus primeras providencias, para garantizar el restablecimiento de derechos de los niños en los procesos judiciales, reiteró una vez más la facultad o función del Defensor de Familia para incoar este tipo de medidas:

La ley ha encomendado a los Defensores de Familia delicadas funciones en interés de la institución familiar y del menor. Entre sus atribuciones cabe mencionar las de promover acciones judiciales y extrajudiciales en asuntos de familia, decretar las situaciones de abandono o peligro del menor y tomar las medidas de protección pertinentes según la gravedad de las circunstancias (D. 2737 de 1989, arts. 36 y 57), homologar con efectos vinculantes las conciliaciones entre cónyuges, asistir al menor en las diligencias ante el juez competente y ejercer funciones de policía para asegurar su eficaz protección. (...) Los Defensores de Familia (antes de menores) desempeñan funciones de asesoría legal en representación de los menores en procesos civiles cuyas decisiones pueden afectarlos, reemplazando materialmente a los defensores de oficio y a los defensores de pobres aún no instituidos por la ley para proteger los derechos litigiosos de los niños. Los Defensores de Familia pueden promover acciones judiciales en favor de los hijos en situación de abandono o peligro. En ejercicio de esta competencia, pueden presentar demandas - siempre que se con+9figure<sic> la respectiva causal - de pérdida o suspensión de la potestad parental.[8]

En este orden de ideas, puede concluirse que el Defensor de Familia es una autoridad administrativa creada por la ley y tiene como funciones las de prevención, garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales se concretan mediante las actuaciones administrativas, policivas y judiciales. Estas últimas lo legitiman para promover los trámites y actuaciones judiciales a que haya lugar para defender los derechos de aquéllos. De igual forma, el Defensor de Familia ostenta la facultad indelegable de autorizar la adopción para el niño, niña o adolescente en los casos previstos en la ley.

2.3. Práctica de pruebas en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

Como lo indicamos en el punto 2.3, el Defensor de Familia como Director del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, debe emplear las facultades que la Ley 1098 de 2006 le otorga en materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

El artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, establece la autoridad administrativa competente deberá ordenar en la providencia de apertura de investigación la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos de los niños, niña o adolescente. A su vez el artículo 100 de la misma ley, prescribe que el funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición.

De conformidad con el artículo 104 ibídem: “Con miras a la protección de los derechos reconocidos en este código, los defensores de familia, el comisario o, en su defecto, el inspector de policía, podrán comisionar a las autoridades administrativas que cumplan funciones de policía judicial, para la práctica de pruebas fuera de su sede, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil.”

La norma es palmaria frente a las facultades que tiene el Defensor de Familia, con fundamento en estas facultades este servidor debe impulsar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, decretar las pruebas y practicarlas en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, todo con el propósito de preservar el interés superior y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños, niñas o

adolescentes. Es así como dicha práctica de pruebas no sólo es plausible sino imperativa para la definición de la situación jurídica de los menores de edad dentro del desarrollo del Proceso Administrativo del Restablecimiento de Derechos.

2.4. En el caso concreto.

Con fundamento en las facultades legales previstas en la Ley 1098 de 2006 en materia de pruebas y su regulación en el Código de Procedimiento Civil, y el lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, la Defensora de Familia competente como directora del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos una vez ha decretado las pruebas pertinentes y conducentes debe proceder a su práctica junto con el equipo interdisciplinario -si éste se requiere-, para que en conjunto con el acervo probatorio obrante proceda a definir la situación jurídica del niño, niña o adolescente, tratándose de practicarlas fuera de su sede o área de influencia deberá comisionar para tal efecto.

3. Conclusiones.

En primer lugar, y en virtud del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la Ley 1098 de 2006, establece las facultades dentro de las cuales, el Defensor de Familia es el director del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

En segundo lugar, de los artículos 96 y 97 de la Ley 1098 de 2006 se desprende que la autoridad administrativa competente para conocer del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos es la del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente.

En tercer lugar, los artículos 81 y 82 de la Ley 1098 de 2006, así como el Estatuto del Defensor de Familia, establecen los deberes y funciones de los Defensores de Familia, a partir de los cuales se se <sic> concretan las actuaciones administrativas, policivas y judiciales que, a su vez, lo legitiman para promover los trámites y actuaciones judiciales a que haya lugar para defender los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En cuarto lugar, la autoridad administrativa competente debe emplear las facultades que la ley 1098 de 2006 le otorga en materia de pruebas, siempre que las estime conducentes y

pertinentes para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias, la claridad con la que los artículos 81, 82, 99, 100 y 104 de la mencionada Ley, establece el mecanismo de decreto y práctica de pruebas, incluso fuera de la sede o área de influencia de la Defensoría de Familia, hace imperativo evitar cualquier dilación en dichos procedimientos, so pena de las responsabilidades disciplinarias, fiscales o penales a que pudiera haber lugar, cuando de dicha dilación se derivara la vulneración de los derechos de los menores de edad a quienes por ello no se define la situación jurídica en los términos previstos en la Ley.

Por último, 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 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

* * *

1. Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006.
2. Corte Constitucional, sentencia T-408-95. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.
3. bid. T-503 de 2003 y T397 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Cita extractada de la sentencia T-502 de 2011. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
4. Corte Constitucional, sentencia T-587 de 1997.M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5. Resolución No. 0652 de 2011 del ICBF- Estatuto del Defensor de Familia.

6. Ley 1098 de 2006, Art, 82, numeral 11.

7. Ley 1098 de 2006, Art, 53, numeral 7

8. Sentencia T-531 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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