



CONCEPTO 19 DE 2016

(marzo 4)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/1760598778

Bogotá D.C.,

Doctora

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: *Su consulta con radicado del ICBF No.1760598778 del 04/02/2016*

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

¿Cuál es el debido procedimiento, que se debe adelantar para las visitas a las personas privadas de la libertad, por parte de los hijos e hijas que se encuentran bajo protección del ICBF?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordara el tema analizando: (2.1) Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella. (2.2) Visitas de los niños, niñas y adolescentes a sus padres que se encuentran en centros carcelarios (2.3) El caso en concreto.

2.1. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella.

La familia es consagrada por el artículo 42 de la Constitución Política como el núcleo esencial de la sociedad, que se constituye por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Respecto al ámbito de protección especial de la familia, la Corte Constitucional[1] a <sic> indicado que esta se manifiesta, entre otros aspectos: (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos.

En cuanto al derecho del niño a no ser separado de su familia ha sostenido la Corte Constitucional [2] de manera reiterada que los vínculos familiares y con ellos el cariño y el amor, son el componente primigenio indispensable que garantiza el desarrollo armónico e integral de los niños y niñas, así como la evolución del libre desarrollo de su personalidad y en general, incide directamente en el ejercicio pleno de sus derechos. Sin embargo, cuando por una u otra circunstancia, la cohesión entre los miembros de la

familia no puede mantenerse, el impacto sobre los derechos fundamentales de los niños y niñas debe mitigarse de tal manera que se evite su restricción o anulación y sea restablecida la eficacia de los mismos.

Sobre el principio del interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes encontramos normas que nos señalan que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados menores de edad deben estar orientadas por este principio preferente.

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” (subrayado fuera de texto).

La Constitución Política en el artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños, entre los cuales se indica el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella 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, el Código de la infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006), en su artículo 22, establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Señalando adicionalmente que solo podrán ser separados de ésta cuando la familia no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto.

Igualmente, el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia 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 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, solo 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]

Señalándose que cada asunto particular que involucre la protección del derecho prevaleciente e interés superior del menor de edad, debe estudiarse acorde a las consideraciones individuales y características de cada caso, atendiendo a los derechos propios del menor, como lo son el amor, la asistencia, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas, las que deben ser garantizadas armónicamente tanto por la familia, como por la sociedad y el Estado.

(2.2) Visitas de los niños, niñas y adolescentes a sus padres que se encuentran en centros carcelarios.

El artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el Artículo 74 de Ley 1709 de 2014,[4] referente a la visita de niños, niñas y adolescentes que sean familiares de las personas privadas de la libertad, dispone lo siguiente:

“Artículo 112A. Visita de niños, niñas y adolescentes. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.

Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.”

El Alto Tribunal Constitucional frente a la visita de menores de edad a familiares privados de la libertad, consideró:

"(...) si bien el artículo 44 de la C. P., establece como una obligación a cargo de la familia, la sociedad y al Estado, la de "proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos" y consecuente con ello, se estima que debe primar una actitud preferente hacia sus necesidades por parte de la Administración Pública y sus autoridades, a juicio de la Corte, resulta sin embargo forzoso señalar, que la persona condenada o detenida preventivamente pueda ver restringidos algunos de sus derechos, pues surgen límites evidentes al libre desarrollo de su personalidad, a la igualdad y a la familia entre otros.

2. Ello es así, porque la condición de recluso, que en un momento dado pueda ostentar una persona, lo colocan dentro de un régimen penitenciario caracterizado por la supresión de ciertos derechos o prerrogativas y lo ubica dentro de un régimen excepcional, que siendo reglado, está bajo la dirección de las autoridades legalmente constituidas para el efecto, recayendo en ellas, la responsabilidad de tomar precisas determinaciones, en relación con los internos y el personal externo que venga a visitarlo.

3. En tal virtud se estima entonces que la violación a los derechos a la unidad familiar, al libre desarrollo de la personalidad o a la igualdad, se presenta durante la detención efectiva y legal de uno de sus miembros, solo cuando la falta temporal del detenido en el seno de su familia se agrava sin justificación alguna, impidiéndole gozar del régimen de visitas o de la posibilidad restringida de comunicarse a que tiene derecho cualquier persona privada de su libertad, dentro de los marcos de incomunicación que considere necesarios el juez del conocimiento.

De lo dicho se deduce entonces, que si bien el derecho a la familia y el derecho de los niños son fundamentales y debe ser protegido por el Estado, su tutela no puede ser incoada para impedir la actuación de las autoridades cuando no se encuentra probado que sus derechos fundamentales han sido vulnerados".[5]

La Corte advirtió que: "los establecimientos carcelarios deben posibilitar que el interno mantenga contacto permanente con su grupo familiar, más aun si dentro del mismo existen hijos menores de edad, todo ello en procura de preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños".[6]

En lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en protección del ICBF y tienen sus padres en un centro carcelario, el Lineamiento Técnico Administrativo

de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes con sus Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados, Aprobado mediante Resolución No. 1526 de 23 de febrero de 2016, en el anexo 2, establece los parámetros que se deben tener en cuenta para la su atención, sobre las visitas a sus padres señala:

“Para los casos en los cuales los hijos e hijas de las personas privadas de la libertad, se encuentren bajo una medida de protección del ICBF, la Autoridad Administrativa en articulación con el INPEC, a través de los establecimientos de reclusión, deberá propiciar visitas de los menores de edad a los establecimientos de reclusión, debiendo efectuar por lo menos una visita al mes.”

Es decir que la autoridad administrativa competente que tenga a su cargo el caso del niño, niña y adolescente, tiene el deber de propiciar y autorizar las visitas de los menores de edad a los progenitores que se encuentran en los establecimientos de reclusión.

Así las cosas, previamente a autorizarlas, deberá verificar la particularidad de cada caso en concreto, y descartar que: i) el padre o la madre no haya sido condenado(a) a la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o tengan restringido este derecho por una autoridad competente o ii) que las visitas afectan derechos del niño, niña o adolescente.

Ahora bien, en el Lineamiento también se señala que previo al encuentro de los niños, niñas y adolescentes bajo medida de protección del ICBF con la persona privada de la libertad, se deberá hacer una preparación del menor de 18 años de edad, con la finalidad de alcanzar los objetivos de la visita en cuanto al fortalecimiento del vínculo afectivo entre el grupo familiar. Esta preparación deberá ser desarrollada por el equipo técnico interdisciplinario de la autoridad competente o el equipo técnico interdisciplinario del operador que administre la modalidad de atención en la que se encuentre ubicado el niño, niña o adolescente.

2.3 El caso en concreto

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas se puede concluir lo siguiente:

Para llevar a cabo las visitas de menores de edad en protección del ICBF a padres en centros carcelarios debe existir una articulación entre la autoridad administrativa competente y el INPEC.

Por lo tanto, corresponde al INPEC a través de los establecimientos de reclusión donde se encuentre el padre o madre, requerir a la autoridad administrativa competente, que adelanta el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del hijo(a), para que autorice, y realice todas las gestiones necesarias para llevar a cabo las visitas debiéndose efectuar por lo menos una visita al mes.

En caso de que se desconozca cual es la autoridad administrativa que adelanta el proceso, deberá remitir comunicación escrita a la Regional del ICBF correspondiente, informando la solicitud del interno o interna para las vistas con sus hijos indicando los datos completos de los menores de edad y de la ubicación de los mismos si fuere posible, con el propósito de establecer la autoridad que conoce el caso, para que adelante el tramite <sic> pertinente.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto[7] 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

Oficina Asesora Jurídica

**** * ****

1. Sentencia C-278 de 2014. Cfr. Sentencias C-289 de 2000 y C-821 de 2005

2. *Sentencia T-012/12/ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio*

3. *T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. Cita sacada de la sentencia T-502 de 2011, expediente T-2622716 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.*

4. *Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*

5. *Corte Constitucional, Sentencia T-399 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.*

6. *Sentencia T-844/09 M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*

7. *“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. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla 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.