

**CONCEPTO 77 DE 2015**

**(junio 12)**

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**

10400/173169

Bogotá, D. C.,

**MEMORANDO**

**PARA: Coordinador Grupo Jurídico**

**Regional Tolima**

**ASUNTO: Solicitud de concepto sobre el restablecimiento de derechos en hogar gestor.**

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 25 del Código de lo Contencioso Administrativo, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

## **I. SOBRE LA SOLICITUD**

Se solicita concepto respecto de la procedencia de solicitar el reintegro del dinero entregado a la familia de un niño, niña o adolescente ubicado en medio familiar bajo la medida de restablecimiento de derechos de hogar gestor, cuando este haya fallecido y la familia no lo haya informado al ICBF.

## **II. PROBLEMA JURIDICO**

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifican los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿El ICBF puede solicitar el reintegro del dinero entregado a la familia de un niño, niña o adolescente ubicado en medio familiar bajo la medida de restablecimiento de derechos de hogar gestor, cuando este haya fallecido y la familia no lo haya informado al ICBF?
2. En caso afirmativo ¿Cuál es el procedimiento para realizar dicha solicitud y cobro?

## **III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Para dar respuesta a los problema jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; 3.2. El hogar gestor como medida de restablecimiento de derechos 3.3 Las obligaciones de las familias en hogar gestor.

### **3.1 El proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos**

El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos previsto en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, es el conjunto de actuaciones, competencias y procedimientos que debe adelantar la autoridad administrativa con el fin de promover la realización y el restablecimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido, vulnerados;[1] y, en esta medida, también puede decirse que constituye una herramienta fundamental a través de la cual se asegura la operatividad del esquema de garantías, responsabilidades y competencias consagrado en la Constitución Política, en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia y en el Código de la infancia y la Adolescencia, en aplicación del principio de la protección integral.

Por su parte, las medidas de restablecimiento de derechos son decisiones de naturaleza administrativa, que decreta la autoridad administrativa competente para garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Pueden ser provisionales o definitivas, y deberán ser acordes con el derecho amenazado o vulnerado, es decir, con base en las circunstancias fácticas que dieron lugar o podrían dar lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con base en la normativa legal y constitucional vigente, garantizando la prevalencia de su interés superior.

De esta manera podemos sostener que el principio de la prevalencia del interés superior constituye un criterio de interpretación que debe ser tenido en cuenta incluso en aquellos casos en que se presentan controversias jurídicas de carácter procedimental, como el que se estudia en el presente caso, y más aún si la postura que se adopte puede tener implicaciones en la forma en que se presta el servicio público de bienestar familiar y se cumple la gestión de verificación y seguimiento a las medidas de restablecimiento encaminadas a garantizar el goce efectivo de los derechos. Para la Corte Constitucional "el interés superior del menor de edad 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".[2]

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 (…)

Por lo tanto, la verificación de las condiciones materiales en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes destinatarios de las medidas de protección, de acuerdo con la prevalencia de su interés superior, exige de las autoridades responsables una gestión oportuna para garantizar la idoneidad y la pertinencia de las mismas y por ende, el deber de realizar un seguimiento permanente a su ejecución y cumplimiento,[3] modificándolas o suspendiéndolas si llegara a ser necesario, cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 que dice:

“La autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección previstas en este Código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso 3o del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial, establecidos para la que impone las medidas. Este artículo no se aplicará cuando se haya homologado por el juez, la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción”.

Así las cosas, el mismo Código de la Infancia y la Adolescencia contempla una potestad en cabeza de las autoridades competentes[4] de modificar o suspender las medidas de protección tomadas para salvaguardar los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, a través de un acto administrativo (resolución) que deberá ser notificado de acuerdo con lo establecido en el artículo 102 de la disposición anteriormente citada y estará sujeto a la impugnación y control judicial fijados para este tipo de medidas.

En este punto, resulta importante denotar que las normas contempladas en la Ley 1098 de 2006 son de orden público, de carácter irrenunciable y que los principios y reglas que se consagran se deben aplicar de forma preferencial a las disposiciones contenidas en otras leyes.[5]

Ahora bien, la competencia para llevar a cabo el seguimiento referido se encuentra regulada en los artículos 96 y siguientes de la Ley 1098 de 2006, y en las demás normas que la reglamentan, como se verá a continuación, no obstante, como conclusión preliminar es importante destacar que dicha regulación solo puede comprenderse de cara a los fines que cumple el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, que ante todo busca asegurar la protección integral de la infancia y la adolescencia así como la prevalencia de su interés superior.

### **3.2 El Hogar Gestor como medida de restablecimiento de derechos**

La Oficina jurídica se ha pronunciado con anterioridad indicando que el Hogar Gestor es una modalidad de restablecimiento de derechos que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar, esta medida aplica para familias que tienen las condiciones para el cuidado, afecto y atención de los niños, niñas y adolescentes o mayores de 18 años con discapacidad, pero que por condiciones de extrema pobreza se encuentran en amenaza de vulneración de sus derechos.

Esta modalidad de atención ofrece a las familias beneficiarias herramientas para el mejoramiento en la atención de sus hijos e hijas con discapacidad, en sus condiciones habitacionales, al igual que potencializa su capacidad de gestión para la utilización de las redes de servicios institucionales, sociales y comunitarios, que facilitan el ejercicio de sus derechos.[6]

La Corte Constitucional ha definido el hogar gestor así:

“Con este programa se busca restablecer los derechos de los niños en condición de amenaza o vulneración con discapacidad o enfermedad de cuidado especial que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar y de esta manera, con el apoyo del Estado, la familia corresponsablemente asume la protección integral del niño. El programa va dirigido a brindar herramientas- a la familia para el mejoramiento de la atención a niños, para el empoderamiento en la utilización de redes de servicios para asumir su corresponsabilidad en la atención de las necesidades de sus hijos, y para

promover la inclusión de los niños en los servicios institucionales, sociales y comunitarios de la localidad o municipio".[7]

El lineamiento técnico para las Modalidades de Apoyo y Fortalecimiento a la Familia, 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 mediante la Resolución 6024 de 2010, establece que la forma de vinculación a la modalidad del programa de hogar gestor, debe ser por remisión de cualquier autoridad administrativa al ICBF y los criterios para el ingreso de las familias son: a). Clasificadas en los niveles 1 o 2 del SISBEN b) Familias con niños, niñas y adolescentes en situación de amenaza o vulneración y con un miembro con discapacidad o enfermedad de cuidado especial, c). Familias que con previa valoración puedan garantizar que el niño, niña y adolescentes tendrá .unas condiciones físicas, sociales y emocionales favorables para su desarrollo.

Esta modalidad de Hogar Gestor tiene una permanencia de 2 años, aunque esta medida puede prolongarse en los casos en que el equipo interdisciplinario de la Defensoría a cargo, con base en el seguimiento realizado a la familia, lo considere pertinente.

Igualmente, el citado lineamiento, indica que ésta modalidad está dirigida al fortalecimiento familiar a través de dos líneas de acción, la primera es el acompañamiento familiar que deberá realizarse por lo menos una vez al mes, y la segunda es el aporte económico, que se entregará mensual o bimensualmente para satisfacer las necesidades básicas de salud, educación, alimentación, recreación, vestuario, elementos básicos y dotaciones para mejorar condiciones habitacionales de los niños, niñas, adolescentes o mayores de edad con discapacidad y a su grupo familiar.

Respecto de la línea de acompañamiento familiar, se establecen diversas estrategias para realizarlo, tales como encuentros familiares, grupales, o sectores, para la asesoría e integración mediante conversatorios, grupos reflexivos, educativos, formativos, grupos focales para discusión y análisis de temas específicos, y principalmente por lo menos una visita mensual a cada familia, o visitas extraordinarias, según circunstancias presentadas, para el acompañamiento, orientación y verificación del cumplimiento, logros y avances en acuerdos establecidos en el Pacto Familiar para, la efectiva garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes. En caso de que los equipos que realicen este

seguimiento evidencien situación de vulneración de derechos tales como maltrato, abuso, explotación sexual, entre otras, deberán solicitar a la autoridad competente, el cambio de medida para el restablecimiento de derechos, retirando al niño, niña o adolescente del medio.

Esta modalidad de servicio tiene cuatro fases (a. Identificación, diagnóstico y acogida, b. intervención y proyección, c. preparación para el egreso y d. seguimiento pos egreso) y componentes que deben ser desarrollados en cada una de ellas, con una variedad de actividades r a desarrollar con las familias para lograr el objetivo de la medida.

El lineamiento también establece que para la esta modalidad se debe contar la participación de un Equipo Técnico Interdisciplinario del Centro Zonal o de la entidad que tenga los Hogares Gestores a cargo, para desarrollar las diferentes actividades con el niño, niña y adolescentes, sus familias y sus Comunidades y establecerse un programa de seguimiento y evaluación permanente de los procesos con el fin de garantizar la calidad en el restablecimiento de derechos.

El desembolso del aporte mensual que se entrega a las familias se realiza mes vencido, usando como criterio, el valor cupo mes, por cupo efectivamente utilizado. Si bien el lineamiento no habla, del aval del equipo para el desembolso del aporte, al hablar de cupo efectivamente utilizado, implica la verificación que se hace de los niños y las familias que efectivamente se encuentren en la modalidad, con lo cual con la visita mensual que realice el equipo y del trabajo con la familia se podrá establecer con claridad en qué condiciones está el niño y la familia y los avances en el proyecto, así como las situaciones que afecten sus derechos o aquellas extraordinarias como es el fallecimiento que impidan la continuidad de la familia como hogar gestor.

Como puede verse, la modalidad de hogar gestor como medida de restablecimiento de derechos trasciende el aporte económico brindado a la familia e implica una multiplicidad de actividades a desarrollar con esta para fortalecerla y prepararla para la garantía efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad de manera autónoma y responsable.

### **3.3 Las obligaciones de las familias en la modalidad Hogar Gestor**

El lineamiento técnico no establece como tal obligaciones a cargo de la familia para la modalidad hogar gestor, no obstante se incluyen ciertas condiciones para realizar el seguimiento de la familia y del niño y para la permanencia en la modalidad y la continuidad del aporte económico.

Así se señala en primer lugar, la suscripción de un pacto familiar en el cual se incluirán los compromisos establecidos en la resolución de ubicación así como las metas para su cumplimiento, prioridades, acciones o estrategias y responsables tanto de la entidad competente que asume el caso, como de la familia, con el fin de determinar y evaluar los avances y transformación progresiva de las condiciones familiares. Este pacto tiene como propósito potenciar factores protectores y reducir factores de riesgo, hará parte de la historia de atención y se constituye en una herramienta de seguimiento al cumplimiento de los compromisos por parte de la familia beneficiaria y da cuenta de los avances de la familia en el proceso.

Para la verificación del cumplimiento, logros y avances en los acuerdos establecidos en el Pacto se realizará seguimiento por parte del equipo interdisciplinario mediante una visita mensual domiciliaria a cada familia, por lo menos o visitas extraordinarias según circunstancias presentadas. De los resultados encontrados en el seguimiento y acompañamiento a la familia, se elaborará informe que hará parte de las evidencias del proceso.

También se establece que la asistencia de las familias a las diferentes actividades que se programen en la línea de acción de acompañamiento familiar es obligatoria y constituye una condición para continuar recibiendo el aporte económico. El cumplimiento de dicha obligación se evaluará en el proceso de supervisión y seguimiento.

Finalmente si bien no se establece como obligación la de prevenir y no cometer actos que amenacen o vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se indica que cuando los equipos en el seguimiento conozcan de cualquier situación de vulneración de derechos, maltrato, abuso, explotación sexual o trata u otra situación, en la Modalidad de Hogar Gestor, deben solicitar a la autoridad competente, el cambio de medida para el restablecimiento de derechos, retirando al niño, niña o adolescente del medio familiar, con lo cual constituye una

obligación para las familias, la cual será incluida en el Pacto Familiar o en su defecto se entenderá pactada en aplicación de los principios establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Como puede verse las obligaciones de la familia en hogar gestor, están claramente definidas en el lineamiento y en el pacto familiar, y en el caso del primero no se encuentra la correspondiente a informar el fallecimiento del niño ubicado en dicha modalidad, y tampoco se considera deba hacer parte del pacto familiar, dado que es un Aspecto propio de la verificación y seguimiento que hace el equipo interdisciplinario designado para tal fin.

#### **IV. CASO EN CONCRETO**

De conformidad con Las consideraciones de derecho aquí consignadas, en el caso que se consulta es importante aclarar que cada caso debe analizarse de acuerdo con las situaciones de hecho y de derecho particulares, no obstante es claro para esta Oficina que el hogar gestor es una medida de restablecimiento- de los derechos de los niños, en su familia de origen en tanto esta constituye un referente de garantía de derechos solo que por su condición de extrema pobreza resulta necesario realizar un acompañamiento y apoyo integral para lograr el ejercicio efectivo de los mismos, en consecuencia tanto el niño como la familia son beneficiarios de dicha medida y las acciones de intervención y apoyo establecidos en el lineamiento técnico así lo confirman.

De otra parte, el mismo lineamiento señala como condición especial de la modalidad el seguimiento e intervención permanente que se hace con la familia, de los cuales dependerá el éxito de la misma, que son de diversa naturaleza y permiten tanto al equipo del Centro Zonal como a la autoridad competente tener claros los avances de cada familia, por la cual en principio cualquier situación que afecte al niño en su garantía de derechos será fácilmente identificable por el equipo, entre otras su fallecimiento. Por tal motivo, situaciones como las señaladas en la consulta relativas al fallecimiento del niño no conocido por el ICBF, no deberían presentarse pues dejaría en evidencia debilidades en el proceso de seguimiento e intervención con la familia.

En atención a lo anterior, esta Oficina considera que no es procedente solicitar el reintegro o realizar el cobro a las familias de los niños que han sido titulares de la medida de restablecimiento de hogar gestor, de los recursos consignados cuando estos han fallecido, pues ello implicaría una vulneración adicional a sus derechos y al principio de confianza legítima,[8] teniendo en cuenta que son familias en condición de extrema pobreza, que la obligación de verificar el estado de los niños en la medida es del ICBF y que se pudieron cometer errores en el proceso de seguimiento e intervención establecido en el lineamiento técnico. En tal virtud lo procedente sería la verificación por parte de la autoridad competente de la situación y el consiguiente levantamiento de la medida y cierre del caso si a ello hay lugar, por cuanto no se cumplen las condiciones establecidas en el lineamiento para continuar en dicha modalidad.

## **V. CONCLUSIONES**

1. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes es un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia, y la Adolescencia.

2. El Hogar Gestor es una modalidad de restablecimiento de derechos que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar, es una medida aplica para familias que tienen las condiciones para el cuidado, afecto y atención de los niños, niñas y adolescentes o mayores de 18 años con discapacidad, pero que por condiciones de extrema pobreza se encuentran en amenaza de vulneración de sus derechos.

Esta modalidad como medida de restablecimiento de derechos trasciende el aporte económico brindado a la familia e implica una multiplicidad de actividades a desarrollar con esta para fortalecerla y prepararla, para la garantía efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad de manera autónoma y responsable.

3. El lineamiento técnico que regula, la modalidad de hogar gestor no establece como tal obligaciones a cargo de la familia para la modalidad hogar gestor, no obstante se incluyen ciertas condiciones para realizar el seguimiento de la familia

y del niño y para la permanencia en la modalidad y la continuidad del aporte económico, tales como la suscripción del pacto familiar.

4. El seguimiento de las obligaciones de las familias de hogar gestor como de los avances en el proceso de intervención y proyección, con las mismas, hace parte del proceso de seguimiento y verificación que realiza el equipo interdisciplinario asignado a tal fin, el cual se realiza por lo menos mediante una visita al mes a la familia, por lo cual no se considera procedente solicitar a las familias el reintegro o cobrar los recursos consignados por la no información del fallecimiento del niño, dado que este es un aspecto verificable en el seguimiento mensual realizado por el ICBF.

El presente concepto[9] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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. Resolución No. 5929 del 27 de diciembre de 2010.

2. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3. En este sentido el artículo 11 de la ley 1098 de 2006 señala que: "El Estado en cabeza de todos y cada una de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes".

4. Art. 79 y ss del Código de la Infancia y la Adolescencia.

5. Art. 5 de la Ley 1098 de 2006.

6. Es una Modalidad de restablecimiento de derechos para niños, niñas y, adolescentes en condición de amenaza o vulneración, con discapacidad o enfermedad de cuidado especial, que consiste en el acompañamiento, la asesoría y el apoyo económico para el fortalecimiento familiar, de manera que con el apoyo del Estado, la familia, corresponsablemente asuma la protección integral del niño, niña o adolescentes. Se incluyen los mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta. Esta alternativa se aplica cuando la familia ofrece condiciones comprobadas para acoger, brindar cuidado, afecto y atención al niño, niña o adolescente y puede asumir la gestión de su desarrollo integral, con el apoyo institucional y articulación de la red de servicios del Estado. Permite brindar herramientas a la familia para el mejoramiento de la atención a niños, niñas o adolescentes; de sus condiciones habitacionales, empoderamiento para utilización de las redes de -servicios; promover la inclusión de éstos en los servicios institucionales, sociales y comunitarios de la localidad, comuna o Municipio, generando así procesos de organización al interior de las familias, para la definición de iniciativas productivas orientadas al mejoramiento de los ingresos y de la calidad de vida de niños, niñas, adolescentes. Incluye los mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta.

7. Sentencia T-301 de 2014

8. La Corte Constitucional ha desarrollado este principio indicando que "La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación, ha sostenido que "el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración". Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello". Sentencia T-308 de 2011

9. 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 aquella 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.