



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 79 DE 2017

(julio 6)

Bogotá, D. C.

Doctor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto SIM 1760906779

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. SOBRE LA SOLICITUD

Se solicita concepto sobre el alcance de las normas que establecen el seguimiento de las medidas de restablecimiento ordenadas en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por los Defensores de Familia y/o Comisario de Familia.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Con base en los anteriores hechos y consideraciones, se identifica el siguiente problema jurídico:

¿A quién corresponde la competencia del PARD cuando el niño es trasladado con ocasión de * la medida de restablecimiento?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 La prevalencia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; 3.2 De la competencia en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; 3.3 El caso concreto.

3.1 La prevalencia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 44 Constitucional reconoce a los niños, como sujetos de protección constitucional reforzada, enumera, algunos de los derechos básicos de la niñez, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Indica igualmente que debe prodigarse protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, así como, gozarán también de los demás derechos dispuestos en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La Constitución Política en su catálogo de derechos, y al establecer la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, adopta la doctrina de la protección integral inspirada en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, la cual parte de reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos en contraposición con la doctrina de la situación irregular que los entendía como objetos de protección.

Esta doctrina tiene unos principios fundadores tales como el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, que han sido recogidos así mismo en el Código de la Infancia y la Adolescencia en los artículos 7o, 8o y 9o, los cuales se aplican a todo tipo de actuaciones en los cuales se involucren derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Sobre el carácter de los niños como sujetos de especial protección, la Corte Constitucional ha señalado:

“La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientarla promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación,

por lo que resulta constitucionalmente inadmisibile que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, "el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica."

Este tratamiento preferencial del menor como interés jurídico relevante, que implica adoptar "una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran", encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 9o ha consagrado la prevalencia de los derechos de los menores, al disponer que (i) "en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona"; y (ii) "en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".^[1]

Respecto de los principios mencionados, el artículo 3o de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el interés superior del niño, así:

"1. En 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

Por su parte, el artículo 8o establece el principio del interés superior en los siguientes términos:

“Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizarla satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Sobre el interés superior del niño, la Corte Constitucional ha manifestado que se trata de un concepto concreto, real y relacional, no abstracto y general,^[2] por lo cual debe analizarse y definirse en cada caso, con base en unos criterios jurídicos relevantes y una cuidadosa ponderación de las circunstancias tácticas que rodean al niño, niña o adolescente. En tal virtud ha sugerido las siguientes reglas o criterios: “(i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) Protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (v) Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (vi) Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales”.^[3]

3.2 La competencia en el Proceso Administrativo 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 y de carácter irrenunciable que de acuerdo con su artículo 4o, se aplican a todos los niños, las niñas y los 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.

Este Código contiene una serie de normas sustantivas y procesales que buscan la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, en atención a los principios consagrados en este, en la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la ley 12 de 1991.

Así, los artículos 50^[4] y 51^[5] establecen que restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es obligación del Estado en su conjunto, para lo cual las autoridades públicas tienen el deber de informar a las autoridades competentes cuando un menor de edad se encuentre en condiciones de riesgo o

vulnerabilidad, quienes tendrán a su cargo la adopción de las medidas establecidas en los artículos 53 y subsiguientes, cuando haya lugar. Estas medidas se adoptan en el curso de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, regulado en el capítulo IV del Código.

Respecto de las autoridades competentes del restablecimiento, los artículos 96 a 98, establece las reglas de competencia para conocer de los procesos administrativos, indicando que corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia, del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente. En caso de que en el municipio no haya Defensor de Familia, las funciones de este, serán cumplidas por el comisario de familia y en ausencia de este último, corresponderán al inspector de policía.

Así, el artículo 97 del Código, respecto de la competencia territorial señala:

"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 tugaren donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional".

Estas reglas de competencia, así como el resto de las normas procesales del Código, deben interpretarse y aplicarse de manera favorable al interés superior del niño, niña o adolescente involucrado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 60:

"Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente".

Como puede verse, las reglas de competencia para adelantar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se encuentran claramente determinadas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, pues de una parte, se refiere al sujeto titular de derechos, esto es, al niño, niña y adolescente, que en nuestro sistema jurídico, es toda persona menor de 18 años, y respecto de la autoridad competente, se determina que corresponde al Defensor de Familia y de manera subsidiaria al Comisario de Familia o Inspector de Policía, del lugar donde se encuentre el niño.

Estas reglas de conocimiento del PARD, buscan que todos los niños, niñas y adolescentes sin importar el lugar donde se encuentren, cuenten con una autoridad administrativa que restablezca sus derechos, y pueda conocer de primera mano su caso, por ello, la competencia se fija en primer lugar, de acuerdo con el lugar donde se encuentre el niño, y, en segundo lugar, garantizando que en todos los municipios del País exista una autoridad con esas características, esto es Defensor de Familia o Comisario de Familia de manera subsidiaria.

La regla territorial, no obstante, puede generar en ocasiones modificaciones en la competencia, atendiendo la finalidad de la disposición, esto es, el contacto directo entre la autoridad administrativa y el sujeto de derechos, y el reconocimiento de los cambios de estos y la realidad del proceso, motivo por el cual, 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 la Resolución 1526 de 2016, modificada por la Resolución 7547 de 2016, estableció lo siguiente:

"Visto lo anterior, es ahora importante abordarla temática propia del cambio de competencia entre autoridades administrativas, en los siguientes términos:

Cuando concorra alguna circunstancia durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y el niño, niña o adolescente deba ser trasladado del lugar donde se encuentre, dicho traslado se efectuará al mismo tiempo con su historia de atención en físico, modificándose la competencia de la Autoridad Administrativa.

La Autoridad Administrativa, mediante resolución motivada, ordenará el traslado del proceso y el cierre del mismo en su despacho. No cambiará la competencia en aquellos casos en que el traslado del menor de edad sea temporal, como por ejemplo, cuando requieren tratamiento médico por espacios cortos de tiempo.

Cuando en el traslado esté involucrado un niño, niña o adolescente, perteneciente a una comunidad indígena, afrocolombiana, raizal o rom, la Autoridad Administrativa coordinará con la autoridad tradicional y su familia todo lo concerniente al traslado, de tal manera que de acuerdo con cada caso en particular, se logre encontrar un medio familiar o sociocultural acorde con su identidad y etnicidad.

El traslado de la historia de atención deberá realizarse conforme a las normas de manejo documental y archivo vigentes", (subrayado fuera de texto).

3.3 El Caso Concreto

El Comisario de Familia XXX - Cundinamarca, solicita concepto sobre la competencia para emitir el fallo en el PARD y el seguimiento del mismo cuando el niño, niña o adolescente ha sido trasladado en el curso del proceso con ocasión de la medida de restablecimiento provisional, adoptada por el Comisario de Familia que dio apertura a la investigación. Esta consulta se realiza con el fin de dirimir un conflicto de competencia entre autoridades administrativas.

Esta Oficina Asesora Jurídica, de acuerdo con el marco jurídico señalado, en primer lugar, indica que no tiene la competencia para dirimir los conflictos de competencia entre comisarios de familia, dado que ello corresponde a los jueces de familia en única instancia, de acuerdo con lo establecido en el numeral 16 del artículo 21 del Código General del Proceso.^[6]

No obstante, lo anterior, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 y 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 la Resolución 1526 de 2016, modificada por la Resolución 7547 de 2016, la competencia del PARD puede modificarse cuando se presente el traslado del niño, niña o adolescente del lugar donde se encuentre (salvo que dicho traslado sea temporal y de duración corta), evento en el cual, la historia de atención será igualmente trasladada al lugar de destino, para lo cual la autoridad administrativa que hasta el momento del traslado venía conociendo el proceso, mediante resolución motivada, ordenará su traslado y cierre en su despacho.

Este traslado procede, por ejemplo, cuando el niño, niña o adolescente sea trasladado territorialmente, con ocasión de la adopción de una medida de restablecimiento en el curso del proceso, como la ubicación en su familia extensa en un municipio diferente, dado que será esta, quien ejercerá, mientras se surte el trámite administrativo su cuidado, y la autoridad administrativa que debe conocer es la del lugar donde se encuentre.

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 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

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