Concepto ICBF **No 36**

Fecha: 2020/12/24

Asunto: Respuesta a su solicitud de concepto, sobre funciones de policía del Defensor de Familia.

De manera atenta, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, 13 del C.P.A.C.A, sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta de la referencia en los términos que siguen:

I. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta las funciones del Defensor de Familia, específicamente la preceptuada en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 ¿cómo debe adelantarse esta diligencia y qué instituciones pueden participar?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1 Las funciones de Policía del Defensor de Familia en la Ley 1098 de 2006. 2.2. El acompañamiento de la fuerza pública.

2.1 Las funciones de Policía del Defensor de Familia en la Ley 1098 de 2006

www.icbf.gov.co
ICBFColombia @ICBFColombia @icbfcolombiaoficial
Sede Dirección General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 473 7630
Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, la función de policía que ejercen las autoridades del poder ejecutivo se debe desarrollar dentro del marco de legalidad que le impone la Constitución y la ley. También se encuentra sometida a los principios de igualdad, eficacia y necesidad del uso del poder, la proporcionalidad y la razonabilidad de las medidas adoptadas[1]. La Corte Constitucional mediante las sentencias C-366 de 1996, C-1444 de 2000, C-110 de 2000 y C-046 de 2001 determinó lo siguiente:

> *(…) el ejercicio del poder de policía se realiza a través de la expedición de la ley para delimitar derechos constitucionales de manera general y abstracta y establecer las reglas que permiten su específica y concreta limitación para garantizar el control del orden público; mientras que con la función de policía se hace cumplir la ley por medio de actos administrativos y acciones policivas* (Subrayado fuera del texto original)

Ahora bien, 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, específicamente en el artículo 82, que entre otras, establece:

> *"ARTÍCULO 82. FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Corresponde al Defensor de Familia:*
>
> *(…)*
>
> *4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código."*

Dentro de las funciones de policía que le asisten al Defensor de Familia, se encuentra la contenida en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, que dispone:

> *Artículo 106. Allanamiento y rescate. Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite.*
>
> *De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta.*

Las funciones de policía le son atribuidas taxativamente a cada autoridad, por disposición del legislador. En ese orden de ideas, el Defensor de Familia no tiene competencia para ejecutar una diligencia de allanamiento si no es con ocasión de la protección y garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este es el principal fundamento que debe quedar categóricamente demostrado en el acta cuando se efectúa la diligencia. La Corte Constitucional también lo tradujo así, al manifestar lo siguiente:

1 Sentencia C-366 de 1996, M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

> *La función de policía debe desarrollarse dentro del marco de la legalidad. Asegurar que este límite no sea franqueado es el fin último de gran parte de las normas del derecho administrativo y también es el objetivo que se pretende lograr cuando se establece la posibilidad de someter a revisión jurisdiccional las decisiones de la administración. Dentro de este propósito, se exige a la administración observar la motivación de sus actos, su publicidad, la garantía del derecho de defensa dentro del procedimiento que conduce a la decisión, la coherencia entre la motivación y la decisión, y la proporcionalidad, razonabilidad y oportunidad de la misma, entre otras. Así mismo, se requiere que quien toma la decisión esté específicamente autorizado para hacerlo (lo que remite al problema de la competencia, tanto en su ámbito territorial y temporal, como de contenidos).*
>
> *Es que las actuaciones de la administración tienen que proteger y garantizar los derechos fundamentales de los administrados, pues tal función no es sólo competencia de los jueces sino también de las distintas autoridades administrativas. De no ser así se violaría la intención del Constituyente de que la administración debe velar por la preservación de los derechos fundamentales.*
>
> *Estas limitaciones a la función de policía, que provienen de la ley y también de la Constitución, excluyen per se la existencia de actos puramente discrecionales por parte de la administración en el ejercicio de la función de policía, lo que no excluye una cierta capacidad creadora, del funcionario competente para decidir. Esto implica que la vieja distinción entre el acto puro reglado y el acto puro discrecional, debe abandonarse a favor de una que prevea que en ningún caso el funcionario puede apartarse de la legalidad, sin que esa circunstancia haga de él un autómata. Es que en la administración se cumple a cabalidad la observación Kelseniana, a propósito del ordenamiento jurídico, de que los actos intermedios que lo integran son, ineludiblemente, de creación y aplicación al tiempo..*[2] (sic)

Posteriormente lo ratificó, haciendo énfasis en el principio de legalidad en que tiene que fundarse la función de policía que ejerza una autoridad administrativa, como es el caso de los Defensores de Familiay concretó:

> *La función de policía que ejercen las autoridades del poder ejecutivo se debe desarrollar dentro del marco de legalidad que le impone la Constitución y la ley. La función de policía además de los límites constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos se encuentra sometida al principio de legalidad, a la eficacia y necesidad del uso del poder, a la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y al respeto del principio de igualdad, porque las medidas de policía no pueden traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población.*[3]

La diligencia de allanamiento y rescate tiene su génesis en la necesidad de garantizar el interés superior del niño, niña y/o adolescente, tal y como la Corte Constitucional, al realizar el control de constitucionalidad de la norma referida manifestó:

> *La figura del allanamiento con fines de rescate regulado por los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, se inscribe dentro de la protección del interés superior del menor y en esa medida fue establecida como una medida de naturaleza preventiva, cautelar, orientada a proteger*

2 Sentencia C-432 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz
3 Sentencia C-492 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño

www.icbf.gov.co
ICBFColombia @ICBFColombia @icbfcolombiaoficial
Sede Dirección General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 473 7630
Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080

> *la vida o integridad personal del menor de edad que se encuentre en una situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal, pero en virtud de que solo un peligro grave y una necesidad imperiosa autorizan el régimen excepcional bajo el cual ciertas autoridades administrativas pueden realizar allanamientos, la decisión del defensor de familia o del comisario para allanar un domicilio con el fin de rescatar a un menor no puede quedar al arbitrio del defensor o comisario de familia pues transformaría la figura excepcional del allanamiento administrativo con fines de rescate por parte de las autoridades de familia en una regla de aplicación general y abre la puerta a la arbitrariedad.*[4]

Advirtió que esta actuación no puede adelantarse por la simple determinación libre de la autoridad administrativa, es decir, no puede dejarse que la misma ocurra bajo el arbitrio del Defensor de Familia, sino que al atender una situación que eventualmente pueda requerir de la figura del artículo 106 *ibídem*. Esa situación solo se puede inferir del juicioso análisis y del cotejo de los hechos a partir de tres (3) escenarios en los que pueda justificarse, como son:

> *(i) en eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; (ii) cuando el menor solicite auxilio; y (iii) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva.*

La ocurrencia de uno de estos tres escenarios, como bien lo ha dicho la Corte Constitucional, permite que el Defensor de Familia, en virtud de la función atribuida en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, allane y acceda a un domicilio privado cuando no se le autorice el ingreso ante el aviso de su llegada. La OAJ reitera, debido a su carácter especial y excepcional, esta medida solo puede ser adoptada cuando se evidencie claramente una de esas hipótesis. Hay que advertir que cualquier exceso se encuentra penalizado por el legislador, por lo que la autoridad administrativa debe tomar las medidas para consignar en el acta los fundamentos de hecho (y probatorios) que justificaron su actuar.

Ahora bien, cuando se trata de un allanamiento o rescate de un niño, niña o adolescente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-256 de 2008 precisó:

> *Con el fin de evitar abusos y asegurar un control efectivo sobre las decisiones de allanamiento que realicen los comisarios y defensores de familia, es preciso que antes de proceder al allanamiento con fines de rescate haya una valoración juiciosa de la situación de peligro, e indicios serios sobre la existencia y gravedad del peligro, a la luz de las reglas civiles. También es indispensable que dicha valoración sea plasmada por escrito, con el fin de facilitar el control posterior de esa valoración y del procedimiento seguido durante el allanamiento.*

De lo anterior, se entiende que el levantamiento de un acta es prioritario e ineludible, toda vez que este documento servirá como fundamento para que, más adelante, se realice un control posterior por parte de quien pretenda controvertir las acciones o presuntas violaciones o excesos que se pudieran cometer en la diligencia de allanamiento y rescate. No hay que olvidar que la razonabilidad de la medida implica que el Defensor solamente aplique esta figura para garantizar los derechos del menor. Todo el desarrollo de la diligencia (todos cada uno de sus pasos) debe

4 Sentencia C-256 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

quedar documentado y estar dirigido a garantizar lo estrictamente necesario para verificar y realizar el rescate. A eso se debe limitar su actuar, por lo que debe evitar inmiscuirse en otros asuntos de competencia de, por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación.

No se desconoce que la falta de control posterior judicial, esto es, que dicha diligencia fuese llevada a los Jueces Penales Municipales con Función de Control de Garantías, puede ser considerada una debilidad en el concepto de un Estado Social de Derecho, pero a falta de éste, surge imperioso el cumplimiento riguroso de los requisitos establecidos tanto en la Ley 1098 como en el Código de Policía – Ley 1801 – en concreto, lo reglado en el artículo 8° que a su letra reza:

> *"Son principios fundamentales del Código:*
>
> *(…)*
>
> *3. La prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes y su protección integral.*

Si ello es así, deberá entenderse la actividad desplegada por los señores defensores de familia, en cuanto a la diligencia de registro y allanamiento a morada, como una actividad similar a la policial, la cual se consagra en el artículo 20 de la precitada norma de convivencia ciudadana, que consagra:

> *"Artículo 20. Actividad de policía*
>
> *Es el ejercicio de materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de Policía, a las cuales está subordinada. La actividad de Policía es una labor estrictamente material y no jurídica, y su finalidad es la de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren.*

2.2 El acompañamiento de la fuerza pública.

Es preciso aclarar que el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, contempla que la fuerza pública está obligada a prestar el apoyo y acompañamiento al Defensor de Familia cuando las circunstancias lo requieran. Esto por supuesto, precaviendo que puedan presentarse situaciones de alteración al orden público o hechos que pongan en riesgo la integridad personal no solo del menor de edad que se pretende rescatar, sino también la de la autoridad administrativa y los terceros que puedan verse involucrados de manera directa o indirecta.

La fuerza pública en el marco de sus competencias se instituye como una autoridad que debe salvaguardar los derechos y libertades de los colombianos y por tanto, ante el llamado que haga un Defensor de Familia para acompañar una diligencia de allanamiento y rescate, están obligados a acudir para ejercer el mandato que la ley y la Constitución les ha conferido dentro de sus

competencias y evitar situaciones que pongan en riesgo las garantías del menor de edad o terceros que se puedan ver inmiscuidos.

Ahora bien, la fuerza pública constitucionalmente está definida así:

> *ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*
>
> *(…)*
>
> *ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*
>
> *(…)*
>
> *ARTICULO 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.*
>
> *La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*
>
> *(…)*

La diligencia de que trata el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, no limitó el acompañamiento únicamente a la Policía Nacional, por medio del cuerpo de Infancia y Adolescencia que se encuentre disponible, sino que, para el particular, amplió esto a toda la fuerza pública, entendiéndose también las Fuerzas de Militares, como lo son el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Ellos están obligados a prestar el acompañamiento al Defensor de Familia si este lo requiere. Por consiguiente, la ausencia de personal disponible del cuerpo de Policía de Infancia y Adolescencia en la jurisdicción donde un Defensor de Familia pretenda hacer uso de la figura de allanamiento y rescate no es óbice para abstenerse de adelantar la misma, por cuanto en virtud del artículo referido puede acudir a las demás instituciones que componen la fuerza pública a nivel nacional, en aras de garantizar el interés superior del menor de edad y lograr salvaguardar las garantías que en el momento se puedan ver comprometidas.

III. CONCLUSIONES Y RESPUESTA A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primera: La ausencia o no disponibilidad del cuerpo de Policía de Infancia y Adolescencia en la jurisdicción territorial donde se adelantará la diligencia no es excusa para inhibirse de adelantar la diligencia de allanamiento y rescate, en el entendido que la misma disposición del artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 faculta a las demás instituciones pertenecientes a la fuerza pública en Colombia, para acompañar y asistir al Defensor de Familia en dicha actuación policiva.

Segunda: Frente a la necesidad de establecer protocolos, rutas de acción o lineamientos respecto de las dificultades que se puedan presentar en las diligencias de allanamiento y rescate, es importante recordar que esta Oficina Asesora Jurídica carece de competencia para que, por medio de un concepto, se determine lo solicitado; dicha competencia corresponde a la Dirección de Protección, y demás instituciones que se crean pertinentes para tales fines. Esto, toda vez que los conceptos emitidos por esta dependencia son de carácter general y abstracto, y se limitan únicamente a materializarse como orientaciones frente a la aplicabilidad o interpretación de las normas que regulan el actuar diario de la Entidad.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

www.icbf.gov.co
ICBFColombia @ICBFColombia @icbfcolombiaoficial
Sede Dirección General
Avenida carrera 68 No.64c – 75
PBX: 473 7630
Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080