



CONCEPTO 151 DE 2016

(noviembre 24)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/583956

Bogotá, D. C.,

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia Comunidades Indígenas

Centro de Restitución Especializado Efecto Reanudar CRECER

Regional ICBF Bogotá

ASUNTO: Solicitud de concepto radicado bajo el No. 583956 del 17 de noviembre de 2016

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 60, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Se puede declarar en adoptabilidad a una adolescente en condición de discapacidad física que tiene 22 años de edad, perteneciente a una comunidad indígena, pero cuyo ingreso se dio al ICBF siendo menor de edad?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURIDICO

Se abordará el tema analizando: (2.1) Los términos para resolver el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, (2.2) La Jurisdicción Especial Indígena; (2.3) Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas y (2.4) Las competencias de las autoridades administrativas de restablecimiento de derechos cuando se trata de niños, niñas y adolescentes indígenas.

(2.1.) Los términos para resolver el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

El artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece en su parágrafo 2o que la actuación administrativa a favor de un niño, niña o adolescente deberá resolverse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o de la apertura oficiosa de la investigación[1] y que el recurso de reposición que se presente contra el respectivo fallo deberá ser resuelto dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para interponerlo.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin que se haya emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa pierde la competencia para seguir conociendo del asunto y debe remitir inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente, deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Excepcionalmente y por solicitud razonada del Defensor o Comisario de Familia, el Director Regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por

dos (2) meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro iniciales sin que exista en ningún caso nueva prórroga.

Es así como el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 establece inequívocamente que existe solo un término para contabilizar los cuatro meses establecidos en la Ley, esto es, desde la presentación de la solicitud, si es a petición de parte o desde la apertura oficiosa de la investigación.

Debe resaltarse que la Ley no dio excepciones de ningún tipo atendiendo al principio normativo esencial de eficiencia y utilidad para garantizar a cabalidad la protección integral de los intereses y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

(2.2) La Jurisdicción Especial Indígena

A partir de la Constitución Política de 1991, y en virtud de una visión pluralista y participativa de las minorías, se reconoce la denominada jurisdicción especial indígena, como una de las facultades o derechos reconocidos al sujeto colectivo "comunidad indígena". Este reconocimiento como sujeto colectivo de los pueblos indígenas, implica la capacidad de autodeterminación, autogobierno y administración de justicia, como una forma de preservar la identidad de las comunidades indígenas y su patrimonio cultural, social e histórico.

Así el artículo 246 de la Constitución estableció la jurisdicción especial indígena en los siguientes términos:

"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

Con esto, las autoridades indígenas forman parte de la rama judicial como una jurisdicción especial, que tiene plenas facultades para administrar justicia dentro y para los miembros de la comunidad indígena y sus decisiones son auténticas providencias judiciales con todas las características de obligatoriedad y ejecutoriedad,[2] sin que tengan que ser avaladas u homologadas por otra autoridad judicial.

Sobre esta jurisdicción la Corte Constitucional[3] ha manifestado:

"La Constitución Política colombiana de 1991 consagra un régimen pluralismo, así como en el reconocimiento y la protección a la diversidad étnica y cultural. Por ello, la Constitución estableció que las comunidades indígenas no solo tienen autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios sino también autonomía política y jurídica. Esa autonomía jurídica se ejerce de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad indígena siempre que no vulnere la Constitución ni la ley. Para hacer efectiva dicha autonomía jurídica, el artículo 246 de la Constitución estableció la jurisdicción especial indígena.

La jurisprudencia i institucional ha determinado que la jurisdicción indígena tiene cuatro elementos i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) la potestad de éstos le establecer normas y procedimientos propios; iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Sobre el último elemento la Corte ha indicado que el ejercicio de la Jurisdicción indígena no queda sujeto a una ley específica que la desarrolle, pues, esa jurisdicción no puede quedar sin efecto por la circunstancia accidental de que no exista una ley que la regule".

No obstante lo anterior, en la práctica se han presentado dificultades en la implementación de esta jurisdicción, relacionadas en primer lugar, con la existencia de límites en su ejercicio en situaciones que pueden reñir con las normas de carácter constitucional y, en segundo lugar, con los alcances de la aplicación de las normas y formas propias de la comunidad indígena frente y respecto de sus miembros. Frente a esto la Corte ha decantado líneas jurisprudenciales que fijan esos mínimos que deben ser acogidos incluso por las autoridades indígenas en la administración de justicia, cuando se trate de algunos derechos considerados intangibles y de carácter universal tales como la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura, el respeto al mínimo de legalidad del procedimiento y en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas.[4]

De otra parte, se han determinado criterios para definir la competencia de la jurisdicción indígena, relativos a los individuos que hacen parte de la comunidad y se autoperceben como tal, esto es, no todas las personas pueden ser sometidas a dicha jurisdicción, pues se

requiere que se presenten dos criterios el personal, y el territorial para que se active el denominado "fuero indígena":

“La identidad indígena del procesado no basta para poner en marcha el fuero indígena, sino que es necesario acreditar en el proceso la concurrencia de dos elementos: "uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.”.[5]

Finalmente, la Corte ha definido unos criterios para solucionar tensiones en casos relacionados con la integridad étnica y la diversidad cultural, así como para marcar límites a la autonomía de las comunidades indígenas, especialmente para caso de naturaleza penal, no obstante, estos criterios pueden aplicarse para otro tipo de asuntos y se refieren especialmente a la excepcionalidad de restricciones e intervención c el derecho occidental en la administración de justicia indígena. Al respecto se han desarrollado los criterios y/o principios de "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas"[6] de "mayor autonomía para la decisión de conflictos internos",[7] y de "a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.[8]

(2.3) Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas

Los niños niñas y adolescentes indígenas gozan de todos los derechos reconocidos en la Constitución y la ley a las demás personas y a los niños en la Constitución, tratados internacionales ratificados por Colombia y la Ley. Sobre el particular el artículo 13 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece:

"Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales y de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social".

Así es claro que en todas las decisiones que se deban adoptar respeto de los niños, niñas y adolescentes indígenas se debe tener en cuenta que son sujetos de protección especial constitucional, cuya identidad se encuentra altamente ligada al sujeto colectivo “comunidad indígena" a la cual pertenece y que su interés superior debe ser el criterio orientador de primer orden.

La Corte Constitucional[9] se ha pronunciado especialmente sobre el contenido del interés superior de los niños, niñas y adolescentes indígenas, indicando que la identidad étnica y cultural de estos con su comunidad es un elemento que debe tenerse en cuenta en todas las decisiones y por ello deben protegerse tanto sus derechos individuales como los colectivos:

"Con relación al interés superior del niño indígena, el principio pro infans se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada.

(...)

4.3.23. En conclusión, sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas está en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En ese ámbito se debe observar el principio proinfans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad. Por otro lado, se destaca que la reglamentación que se ha dado en Colombia, refleja las recomendaciones y observaciones de los pactos y tratados internacionales sobre la materia que se basa en el consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de Instancias de diálogo, comunicación y concertación. De esta manera se constata la irrupción de una normatividad reglamentaria de carácter "mixto" o "sincrética" ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades Indígenas, proveyendo igualmente la participación a los menores de edad en las decisiones que les afectan".

(2.4) Las competencias de las autoridades administrativas de restablecimiento de derechos cuando se trata de niños, niñas y adolescentes indígenas

De acuerdo con el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, las autoridades competentes del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes son los Defensores y Comisarios de Familia (y en virtud de la competencia subsidiaria los Inspectores de Policía), no obstante cuando se trata de niños, niñas y adolescentes indígenas las reglas sobre competencia se modifican a favor de las autoridades indígenas en atención a lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política y los artículos 13, 58, 71 y 156 entre otros, de la Ley 1098 de 2006.

De acuerdo a lo anterior el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante la Resolución No. 1526 de 23 de febrero de 2016 y Modificado a través de Resolución No. 7547 de julio 29 de 2016, aprobó 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, y en su anexo 7 estableció el procedimiento que debe seguir la Autoridad Administrativa para la atención de los niños, las niñas y los adolescentes que pertenecen a una Comunidad Indígena y tiene sus derechos amenazados o vulnerados.

En efecto, el lineamiento entre otras cosas indica claramente que si la Autoridad Administrativa presume que el niño, niña o adolescente pertenece a una Comunidad indígena, debe solicitar a la Alcaldía o a la organización indígena, si existiere, que verifique si ese menor de edad se encuentra inscrito en el censo indígena. En caso positivo, debe iniciarse el contacto con las autoridades indígenas con el fin de remitirles el caso para que lo asuman de acuerdo con sus sistemas de control social o de derecho consuetudinario propio. La remisión enunciada no procede en los siguientes casos:

1. “Cuando el derecho vulnerado o amenazado, corresponda a uno de los considerados como mínimos universales, es decir, los derechos a la vida, integridad, libertad.
2. Cuando la vulneración o amenaza provenga de la Comunidad Indígena en razón de sus usos y costumbres.
3. Cuando la comunidad a la que pertenece no le garantice sus derechos.

Así las cosas, cualquier medida de restablecimiento de derechos de un niño, niña o adolescente indígena será asumido por la autoridad tradicional indígena en uso de normas y procedimientos judiciales autóctonos y específicos dedicados a garantizar los derechos de estos, prevenir la amenaza o vulneración de sus derechos, así como para lograr el restablecimiento de los mismos, siempre que se desarrollen en el marco del interés superior del niño y su protección integral.

Finalmente, es procedente señalar que, respecto de la adopción de niños, niñas y adolescentes indígenas, el artículo 70 del Código de la Infancia y la Adolescencia, estableció la competencia privativa de las autoridades indígenas para tramitarla, de acuerdo con sus usos y costumbres, cuando se dé dentro de la misma comunidad:

"Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o in adolescente indígena cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus usos y costumbres.

Cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades de la comunidad de origen y se realizará de acuerdo con lo establecido en el presente Código".

En atención a lo anterior, es claro que el Código de la Infancia y la Adolescencia reconoció las facultades jurisdiccionales de las comunidades indígenas para tramitar la adopción de niños, niñas y adolescentes indígenas cuando la misma se realice dentro la comunidad y en todo caso cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad, procede la consulta previa.

3. CONCLUSIONES

Primera: Cuando la Autoridad Administrativa tiene conocimiento que un niño, niña o adolescente pertenece a una Comunidad Indígena, debe llevar a cabo el procedimiento establecido en la Resolución No. 1526 de 23 de febrero de 2016 y Modificado a través de Resolución No. 754 de julio 29 de 2016, mediante la cual el ICBF aprobó 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.

Segunda: Como quiera que en su solicitud manifiesta que: (...) "no se definió legalmente su situación de manera definitiva dentro del término", es necesario que se revise el tema, teniendo en cuenta que si existe pérdida de competencia, deberá remitirse inmediatamente las diligencias al Juez de Familia para que éste profiera la decisión que en derecho corresponda, en caso contrario de haberse declarado en vulneración de derechos a la adolescente se puede optar por el cambio de medida tal como lo establece el artículo 103 de la ley 1098 de 2006 y continuarse con el trámite respectivo.

Es importante precisar que para futuras solicitudes de concepto ante esta Oficina, las mismas debe cumplirse con lo establecido en la Circular No 002 del <sic> enero de 2012, en el sentido de indicar: i) la exposición suscita del asunto y sus antecedentes más sobresalientes; ii) motivación de la dificultad que ofrezca la interpretación o aplicación de la norma o la necesidad de fijar su alcance y; iii) cuando la solicitud de concepto provenga de una Dirección Regional, debe ser suscrita por el Director Regional o por el Coordinador Jurídico, con el pronunciamiento del Coordinador.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto[10] 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 de 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,

MARIA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

NOTA FINAL

(1) Ley 1098 de 2006

(2) "En Colombia se encuentra el único caso en el mundo en el que las autoridades indígenas hacen parte de la rama judicial y tienen contención en todas las materias. Este hecho se originó en un momento fuerte de la vida democrática y de confianza en las instituciones que respaldaron estos derroteros, hacia el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, lo cual se convirtió, paralelamente, en un insumo adicional desde los pueblos indígenas para fortalecer un proyecto político nacional y continental (...)

La gobernabilidad indígena, en el marco de la competencia jurisdiccional, legal y oficial para ejercer como jueces de la República, evidencia el modo como las autoridades de los pueblos indígenas aplican normas y procedimientos del derecho propio, dentro de la institucionalidad del Estado. Dichas autoridades que se distancian del derecho positivo estatal en muchos principios y procedimientos, tienen la posibilidad de vivir sus formas de organización propias y de defender el control autónomo de la identidad étnica y cultural, a partir del ejercicio de la jurisdicción especial". Sánchez Botero Esther. El ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano.

(3) Sentencia T-009 de 2007

(4) "De acuerdo a lo anterior se concluye que los límites a la jurisdicción indígena, se circunscriben al núcleo duro e intangible de derechos identificado por la jurisprudencia constitucional; estos son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, el respeto al mínimo de legalidad del procedimiento propio visto a la luz de la cosmovisión del respectivo pueblo indígena y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas. Estos límites -en realidad mínimos como se desprende de la anterior evolución jurisprudencial- se justifican porque son "necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional" Sentencia T-009 de 2007. En el mismo sentido las sentencias T-1127 de 2001 y T-002 de 2012 entre otras.

(5) Sentencia T-002 de 2012

(6) Este principio supone el carácter excepcional de las restricciones a la autonomía de las comunidades. Las restricciones son admisibles, de manera, excepcional, cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, y (...) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas (...) Todo ello bajo el entendido de que sopesar la jerarquía de los intereses en pugna y la posible aplicación de medidas menos gravosas para la autonomía de las comunidades es un

ejercicio de ponderación que debe realizarse a la luz de las características y atributos propios de cada comunidad". *Ibidem*

(7) La autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión". *Ibidem*.

(8) En el caso de los grupos especialmente permeados por las costumbres occidentales, sus actuaciones deberán guiarse en mayor medida por las leyes de la República en aras de la construcción de un marco normativo garantista de la seguridad jurídica y la estabilidad social al interior de esas comunidades.

Ello significa que, si bien las decisiones de cada comunidad deben ser reconocidas independientemente de cuán permeado esté el derecho propio que las produjo en relación con el derecho mayoritario, tratándose de comunidades cuyas costumbres muestran un alto grado de conservación, la aproximación del juez al derecho propio debe mostrarse prudente e informada por conceptos de expertos. *Ibidem*

(9) Sentencia T-001 de 2012

(10) 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 si desarrollo de las políticas y directrices generales razadas 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 sentido de que i a función administrativa so desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador ce la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceras, 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.