



**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

**CONCEPTO 56 DE 2017**

(mayo 23)

10400/209806

Bogotá D.C,

**MEMORANDO**

**PARA:** Directora Regional ICBF Antioquia

**ASUNTO:** Solicitud de concepto de acuerdo ha radicado en el ICBF No. 209806 del 26 de Abril de 2017.

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 6º, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

**1. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Cuáles son las medidas de restablecimiento de derechos que debe tomar la Autoridad Administrativa cuando los adolescentes realizan comportamientos contrarios a la convivencia establecidos en el artículo 34 de la Ley 1801 de 2016?

¿Quién sería la autoridad competente para tomar las medidas en favor del interés superior y prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes?

**2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Se abordara el tema analizando: 2.1, El Interés Superior de los niños, niñas y los adolescentes. 2.2. La función de las autoridades administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; 2.3. De la Competencia Subsidiaria para las Comisarias de Familia; 2.4, Medidas de Restablecimiento de Derechos en la Ley 1098 de 2006; 2.5. Conclusiones .

## **2.1. El Interés Superior de los niños, niñas y adolescentes**

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 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, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia se 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 ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.

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, 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"*.

Así mismo, sostuvo que *"El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión; Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas"*

*y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar; se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor."*

## **2.2. La función de las autoridades administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes**

El Código de la Infancia y la Adolescencia tiene como finalidad garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes su pleno desarrollo en el seno de la familia y la comunidad con prevalencia de la igualdad y la dignidad humana sin ningún tipo de discriminación.

Esta ley establece tanto las normas sustantivas como procedimentales relacionadas con la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, buscando garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución Política y las leyes nacionales.

La normatividad establecida en el Código de la Infancia y la Adolescencia aplica para todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el país, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad cuando una de ellas sea colombiana.

Al respecto, la Corte Constitucional precisó respecto al Código de la Infancia y la Adolescencia que:

*"El propio ordenamiento establece que sus normas son de orden público de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia en especial por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados al citado código (arts. 5 y 6)".*

En el capítulo III de dicho Código se establece cuáles son las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya función primordial será prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños menores de edad.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó:

*"(...) los artículos 81, 82 y 851 de la Ley 1098 de 2006 señalan los deberes y las funciones del defensor y del comisario de familia, siendo evidente que la misión encomendada es garantizar, proteger y restablecer los derechos prevalecientes de los menores de edad".*

En efecto, en el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 se contempla:

*"Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código".*

Las Defensorías de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, por excelencia son las autoridades competentes para garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de violación o amenaza contra los mismos.

Sus funciones van dirigidas entonces a la protección Integral de los derechos de los menores de edad, a fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva.

En ese sentido, la función que le corresponde a los Defensores de Familia en el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, no se circunscribe solamente a aquellos casos en que se evidencia una vulneración de sus derechos., sino también en prevenir que ello ocurra.

### **2.3. De la Competencia Subsidiaria para las Comisarias de Familia**

El artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, estableció la Competencia Subsidiaria, la norma expresamente dice que **en los municipios en donde no haya Defensor de Familia**, las funciones de éste estarán en cabeza del Comisario de Familia; en ausencia de este último, las funciones asignadas al Defensor y al Comisario de Familia corresponderán al Inspector de Policía.

El Legislador consagró en los artículos 97 y 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia unas reglas por razón del territorio y por razón de la subsidiariedad con el fin de determinar la competencia de las autoridades administrativas para conocer de los casos donde se esté amenazando o vulnerando los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

En ese sentido, la competencia que se le otorga al Comisario de Familia de asumir las funciones del Defensor de Familia es de carácter supletorio, en el entendido que en ausencia de éste, es la autoridad administrativa mejor capacitada para asumir dicha labor.

El Decreto 1069 de 2015 regula en el párrafo 2º del artículo 2.2.4.9.2.1. **COMPETENCIAS DEL DEFENSOR DE FAMILIA Y DEL COMISARIO DE FAMILIA** lo relacionado con la competencia subsidiaria prevista en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, a saber:

**“PARÁGRAFO 2o.** *Para efectos de la competencia subsidiaria prevista en el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, se entenderá que en un municipio no hay Defensor de Familia cuando el respectivo Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no hubiere designado un Defensor de Familia para su atención o hasta tanto el Defensor de Familia designado no esté desempeñando sus funciones de manera permanente y continua.*

*Se entenderá que no hay Comisario de Familia en los municipios en los cuales no ha sido designado el funcionario o cuando no opere una Comisaría Intermunicipal para la jurisdicción territorial correspondiente, o hasta tanto el Comisario de Familia Municipal o Intermunicipal no esté desempeñando sus funciones de manera permanente y continua.*

*Se entenderá que no hay Comisario de Familia en los municipios en los cuales no ha sido designado el funcionario o cuando no opere una Comisaría Intermunicipal para la jurisdicción territorial correspondiente, o hasta tanto el Comisario de Familia Municipal o Intermunicipal no esté desempeñando sus funciones de manera permanente y continua.*

*La competencia subsidiaria del Inspector de Policía en todo caso será de carácter temporal hasta la creación de la Comisaría de Familia en la respectiva entidad territorial, lo cual no impide que en todo tiempo deba dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 51 de la Ley 1098 de 2006.*

*La competencia subsidiaria del Comisario de Familia o Inspector de Policía, se entiende referida a las funciones que el Código de la Infancia y la Adolescencia otorga al Defensor de Familia y Comisario de Familia respectivamente, salvo la declaratoria de adoptabilidad que es competencia exclusiva del Defensor de Familia.”*

En relación con las competencias concurrentes, entre los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, teniendo en cuenta, el componente misional de cada una de ellos, para beneficio de los niños, niñas, adolescentes y familias de nuestro País, el 1069 de 2015 <sup>[1]</sup> estableció:

**“ARTÍCULO 2.2.4.9.2.1. COMPETENCIAS DEL DEFENSOR DE FAMILIA Y DEL COMISARIO DE FAMILIA.** *Cuando en un mismo municipio concurren Defensorías de Familia y Comisarías de Familia, el criterio diferenciador de competencias para los efectos de restablecimiento de derechos, se regirá por lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, así:*

*El Defensor de Familia se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar.*

*El Comisario de Familia se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar: Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y, como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas.*

*En virtud de los principios de corresponsabilidad y del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuando el Defensor de Familia o el Comisario de Familia conozca de casos diferentes a los de su competencia señalados en los incisos anteriores, los atenderá y remitirá a la autoridad competente, y en aquellos que ameriten medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos, las adoptará de inmediato y remitirá el expediente a más tardar el día hábil siguiente.*

Quiere decir lo anterior que el Comisario de Familia suplirá al Defensor de Familia, en cuanto a las funciones establecidas en la Ley 1098 de 2006 (excepto la declaratoria de adoptabilidad) en los municipios donde no haya Defensor de Familia.

#### **2.4. Medidas de Restablecimiento de Derechos en la Ley 1098 de 2006**

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, incluidos aquellos que sufren de una discapacidad mental.

Éstas medidas pueden ser provisionales o definitivas, y deberán ser proporcionales con el derecho amenazado o vulnerado, garantizando, en primer término, el derecho del menor de edad a permanecer en el medio familiar siempre y cuando éste sea garante de sus derechos.

La Ley 1098 de 2006, en su artículo 53 establece cuáles son las medidas de restablecimiento de derechos que debe tomar la Autoridad Administrativa (Defensor de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía), cuando una vez se realice la verificación de derechos del niño, niña o adolescente, se encuentre que hay alguna amenaza, inobservancia o vulneración.

## 2.5. Conclusiones

De acuerdo a lo expresado en las consideraciones anteriores se puede concluir que:

1. El párrafo 1 del artículo 34 <sup>[2]</sup> de la Ley 1801 de 2016 *Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*, hace remisión expresa a la Ley 1098 de 2006, cuando el comportamiento que afecta la convivencia en los establecimientos educativos relacionados con consumo de sustancias, es realizada por un niño, niña o adolescente, por lo tanto, las medidas de restablecimiento de derechos aplicables son las contempladas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

2. El Defensor de Familia, deberá realizar las acciones que considere pertinentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que realicen comportamientos contrarios a la convivencia establecidos en la Ley 1801 de 2016.

En los municipios donde no haya Defensor de Familia las funciones de éste estarán en cabeza del Comisario de Familia; en ausencia de este último, las funciones asignadas al Defensor y al Comisario de Familia le corresponderán al Inspector de Policía.

El presente concepto <sup>[3]</sup> 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.

Atentamente,

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

\* \* \*

1. Artículo 7

2. Ley 1801 de 2016; Artículo 34: Comportamientos que afectan la convivencia en los establecimientos educativos relacionados con consumo de sustancias. Corregido por el art. 3, Decreto 555 de 2017. Los siguientes comportamientos afectan la convivencia en los establecimientos educativos y por lo tanto no deben

efectuarse; (...) Parágrafo 1°. Los niños, niñas y adolescentes que cometan alguno de los comportamientos señalados en los numerales anteriores serán objeto de las medidas dispuestas en la Ley 1098 de 2006 y demás normas vigentes en la materia.

3. "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 servido, 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 2.000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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