

CONCEPTO ICBF No 09

Fecha: 20/01/2020

ASUNTO: Respuesta a su solicitud de concepto jurídico sobre la aplicación de competencia territorial.

Cordial saludo respetado ciudadano

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Puede un funcionario de rango municipal por medio de una circular interna, aclarar la ley en relación al criterio de competencia de las comisarías de familia?

¿Debe interpretarse el querer del legislador con un criterio territorial más amplio, al indicar donde está ubicado el NNA y no uno restrictivo como plantea la circular mencionada?

¿Los comisarios de familia de Medellín están autorizados para inaplicarle a los NNA en el proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, el artículo 97 de la Ley 1098, y en su lugar regir el caso con la circular interna?

¿Puede un comisario negarse a dar traslado al Juez de Familia, de un recurso de apelación del auto que niega pruebas, dentro de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1 Competencia Territorial de las autoridades administrativas; 2.2 Obligatoriedad del cumplimiento de la Ley, 2.3. Naturaleza del proceso Administrativo de restablecimiento de derechos.

2.1 Competencia Territorial de las autoridades administrativas

La competencia administrativa es la atribución que la ley le otorga a algunos servidores (excepcionalmente a particulares) u órganos del Estado para conocer y decidir determinados asuntos de la administración pública. Esta atribución tiene sustento, principalmente, en los

artículos 6 y 121 de la Constitución Política, de los cuales se desprende que, por regla general la actividad que desarrollan las autoridades administrativas está determinada por la ley.

El artículo 97 de la Ley 1098 de 2006, establece el factor de competencia territorial para adelantar la actuación administrativa para establecer las medidas de protección y el restablecimiento de los derechos de los menores de edad, y a su tenor establece: “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 lugar donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional”.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 98 *ejusdem*, en ningún momento la ley determina un factor o criterio de competencia distinto al del lugar donde se encuentre el menor de edad, precisamente en aras de garantizar el interés superior del niño, la niña o el adolescente, y de atender el caso cumpliendo de manera expedita los principios de las actuaciones administrativas, especialmente, la eficacia y la celeridad.

Así las cosas, en virtud del factor de competencia territorial, es competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente, siendo el concepto de “*lugar en donde se encuentre*” un criterio material en el que se incluye la noción de residencia¹ de acuerdo con el sentido natural de la expresión.

El Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil mediante auto del 31 de octubre de 2012, 11001-03-06-000-2012-00068-00(C), aclaró que la: competencia para conocer está radicada en cabeza del funcionario del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, está regla responde a la inmediación con la que debe contar la autoridad al momento de tomar las determinaciones correspondientes para asegurar la protección integral de los niños. Se trata, así, de aplicar el principio de eficacia de la actuación administrativa. (negrilla y subrayado fuera de texto).

De manera tal que la disposición del legislador de determinar la competencia territorial en el lugar donde se encuentre el menor de edad está orientada al amparo real y efectivo de los derechos de aquel. Para ello, la organización interna de cada ente territorial y cada caso particular, debe estar orientada al cumplimiento de las normas citadas y, en general de toda la Ley 1098 de 2006.

2.2 Obligatoriedad del cumplimiento de la Ley

El literal 2 del artículo 4 de la Constitución Política, señala que: *Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.* Así las cosas, en Colombia las leyes son de orden público y obligatorio cumplimiento.

¹ Real Academia Española de la Lengua, vigésima segunda edición. Residencia; 1. Acción y efecto de residir; 2. f. Lugar en que se reside. Residir; 1. Estar establecido en un lugar.

La Corte Constitucional en sentencia C-037/00² al hablar sobre la jerarquía normativa en Colombia ha precisado:

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal. Aunque existe una jerarquía normativa que se desprende de la Constitución, ella no abarca, de manera completa, la posición de todas y cada una de las disposiciones que conforman el orden jurídico; es decir el orden de prevalencia normativa no ha sido señalado en su totalidad por el constituyente.

La misma sentencia, en cuanto a las disposiciones emanadas de la autoridad territorial menciona:

En lo que concierne a la competencia normativa de las autoridades territoriales, dentro del marco de la autonomía de las entidades de esta naturaleza que consagra el preámbulo de la Constitución, las atribuciones que corresponden a los departamentos y municipios deben ejercerse de conformidad, no sólo con las disposiciones de la Carta, sino también con las de la ley. Todo ello, dentro del marco de la autonomía que les corresponde, es decir dejando a salvo la exclusiva competencia normativa que las autoridades territoriales tienen en los asuntos que la Constitución señala como atribuciones propias suyas.

Ahora bien, dentro del ordenamiento legal una circular es una comunicación dirigida por una autoridad superior a una inferior sobre un tema con el propósito de transmitir sus instrucciones y decisiones. Las circulares tienen carácter abstracto, obligatorias para los subordinados, sin tener las características del reglamento, y deben estar estrictamente ceñidas al ordenamiento para su validez³.

Del mismo modo, es importante tener en cuenta las afirmaciones hechas en la Sentencia 2556 de 2012 del Consejo de Estado⁴, que con relación a la forma jurídica de la circular señala:

² Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

³ <http://www.popayan.gov.co/participacionciudadana/normatividad/resoluciones-circulares-y-actos-administrativos>

⁴ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49406>

Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. No obstante, puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

Es importante indicar que las autoridades administrativas cuentan con una organización interna de conformidad con la naturaleza de sus cargos y la dinámica del territorio. Para el caso, las Comisarias de Familia dependen de las entidades Distritales o Municipales⁵. En ese orden de ideas, dicha organización debe ir en consonancia con lo dispuesto por la ley, y siempre en pro de garantizar los derechos y la atención eficaz y oportuna a todos los niños, niñas y adolescentes.

2.3. Naturaleza del proceso Administrativo de restablecimiento de derechos y su procedimiento

El Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es el conjunto de actuaciones administrativas que la autoridad competente debe desarrollar para el restablecimiento de sus atribuciones, de su dignidad e integridad y de su capacidad para disfrutarlos efectivamente, cuando quiera que hayan sido vulnerados. Lo anterior, dentro del contexto de la protección integral y los principios de prevalencia, el interés superior, la perspectiva de género, la exigibilidad de derechos, el enfoque diferencial y la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

Dicho proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia. Este incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la ley, restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

Los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos- PARD, su procedimiento y reglas especiales están contenidas en el Capítulo IV de la Ley 1098 de 2006 modificada por la Ley 1878 de 2018. Esta última modificó algunos artículos de la

⁵ Artículo 83 de Ley 1098 de 2006

Ley 1098 de 2006 en cuanto a los términos de las actuaciones administrativas, de los cuales nos permitimos resaltar los artículos 1, 3 y 4, en tanto incluyeron varios cambios significativos. Por ejemplo, el artículo 4 (que modificó el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006), determinó el trámite que se lleva a cabo en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos:

Una vez se dé apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos a favor de un niño, niña o adolescente, el funcionario notificará y correrá traslado del auto de apertura por cinco (5) días, a las personas que de conformidad con el artículo 99 del presente Código deben ser citadas, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

Vencido el traslado, la autoridad administrativa decretará de oficio o a solicitud de parte, las pruebas que no hayan sido ordenadas en el auto de apertura, que sean conducentes, útiles y pertinentes, las cuales se practicarán en audiencia de pruebas y fallo o fuera de ella, de acuerdo con su naturaleza y con sujeción a las reglas del procedimiento civil vigente.

Las pruebas que fueron debidamente decretadas deberán practicarse, en caso contrario, la autoridad administrativa competente, mediante auto motivado revocará su decreto.

De las pruebas practicadas antes de la audiencia de pruebas y fallo, mediante auto notificado por estado, se correrá traslado a las partes por un término de 5 días, para que se pronuncien conforme a las reglas establecidas en el procedimiento civil vigente.

Vencido el término del traslado, mediante auto que será notificado por estado, se fijará la fecha para la audiencia de pruebas y fallo, en donde se practicarán las pruebas que no hayan sido adelantadas, se dará traslado de estas y se emitirá el fallo que en derecho corresponda.

El fallo es susceptible de recurso de reposición que debe interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron a la misma, y para quienes no asistieron se les notificará por Estado; el recurso se interpondrá en los términos del Código General del Proceso y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a su formulación.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. El Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición.

El juez resolverá en un término no superior a veinte (20) días, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso.

En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los

derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses. 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.

El juez resolverá en un término no superior a dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso, so pena que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Si el juez no resuelve el proceso en este término, perderá competencia para seguir conociendo del asunto, remitirá inmediatamente el expediente al juez de familia que le sigue en turno y se pondrá en conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura.

En los casos que la autoridad administrativa pierda competencia y no remita el proceso al Juez de Familia dentro del término señalado en este artículo, el Director Regional del ICBF estará facultado para remitirlo al juez de familia.

En atención a lo anterior encontramos que el Código de Infancia y Adolescencia remite a las reglas del procedimiento civil vigente, esto es el Código General del Proceso, igualmente, se evidencia que, por la naturaleza del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, este no goza de doble instancia.

Al respecto, es importante hacer la aclaración de la función y competencia del Juez de Familia o el Juez competente por jurisdicción en sede de homologación. El concepto No. 103 del 2015 proferido por la Oficina Asesora Jurídica del ICBF indica que esta figura obedece a:

*La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia, **constituye un control de legalidad** diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de esa autoridad administrativa, que faculta al Juez de Familia a decretar las pruebas que considere pertinentes para decidir si homologa o no la decisión administrativa. (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

De lo anterior, es claro que **los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos-PARD, no gozan de doble instancia** de acuerdo a las reglas del procedimiento emanadas del Código de Infancia y Adolescencia y el Código General del Proceso, en la medida en que el procedimiento que se determinó es especialísimo y la tarea del funcionario judicial en esta

materia, es la de ejercer un control de legalidad sobre las actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas.

En este orden de ideas, deben tenerse en cuenta las competencias dadas a los jueces de familia en única instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Código General del Proceso, que para el caso que ocupa nuestra atención atañen los siguientes numerales:

16. De los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre defensores de familia, comisarios de familia, notarios e inspectores de policía.

18. Homologación de decisiones proferidas por otras autoridades en asuntos de familia, en los casos previstos en la ley.

19. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia, el comisario de familia y el inspector de policía en los casos previstos en la ley.

20. Resolver sobre el restablecimiento de derechos de la infancia cuando el defensor de familia o el comisario de familia hubiere perdido competencia.

Así pues, de los artículos 99 y 100 de la Ley 1098 del 2006 modificados por los artículos 3 y 4 de la ley 1878 de 2018, en concordancia con las normas referidas del Código General del Proceso, vemos que de manera taxativa no se dispone la segunda instancia para las decisiones y/o fallos de la autoridad administrativa.

En conclusión, por los argumentos antes referidos no es procedente el recurso de apelación contra el auto que niega pruebas dentro de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, ya que como se ha venido reiterando es un trámite que no goza de segunda instancia.

III. CONCLUSIÓN Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

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

Primero. Ningún funcionario del ente territorial a través de una circular puede modificar o aclarar de manera alguna lo establecido en la Ley 1098 de 2006 en relación con la competencia territorial de las Comisarias de Familia. Ese estatuto define con claridad las facultades de los comisarios y, si estos llegaren a faltar, establece quiénes deben cumplir con sus funciones. Esto no obsta para recordar que conforme al artículo 83 de la Ley 1098 de 2006, es competencia del ICBF dictar la línea técnica de las comisarías del país.

Segundo: Las interpretaciones que las autoridades territoriales hagan de la Ley 1098 de 2006 deben respetar los parámetros interpretativos señalados en precedencia, y tener en cuenta que las normas que definen las competencias de una autoridad administrativa son de orden público.

Tercero: Las comunicaciones emitidas por los funcionarios de un municipio, para el caso específico relacionadas con temas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos deben ir en consonancia con lo dispuesto por la Ley 1098 de 2006 y sus modificaciones, y siempre en pro de garantizar los derechos y la atención eficaz y oportuna a todos los niños, niñas y adolescentes. Es decir, los Comisarios de Familia no pueden aplicar circulares que vayan en contravía de lo establecido en la mencionada ley.

Cuarto: Los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos no gozan de doble instancia de acuerdo a las reglas del procedimiento emanadas del Código de Infancia y Adolescencia y el Código General del Proceso. Como se indicó, la tarea del funcionario judicial en esta materia es únicamente la de ejercer un control de legalidad sobre las actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas a través de la homologación. Por tanto, cuando se presenta un recurso de apelación contra una decisión, lo procedente es rechazarlo y proceder a darle el trámite que corresponde conforme al parágrafo del artículo 318 del CGP.

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica.