

Al responder cite este número  
OFI18-0012743-DOJ-2300  
Correo certificado

Bogotá D.C., 3 de mayo de 2018

Doctor  
**VÍCTOR RAÚL YÉPEZ FLÓREZ**  
Secretario  
Comisión Séptima Constitucional Permanente  
Cámara de Representantes  
[comision7camara@gmail.com](mailto:comision7camara@gmail.com)  
Carrera 7 No 8- 68 piso 5  
Bogotá



**Referencia:** Solicitud de concepto proyecto de ley N° 233/18 Cámara “por medio del cual se crean los puntos de encuentro familiar, para garantizar el derecho de visitas de los padres a los niños, niñas y adolescentes, cuando existan relaciones conflictivas o violencia intrafamiliar”.

Respetado doctor Yépez:

Hemos recibido la comunicación de la referencia, en la cual solicita a este Ministerio rendir concepto al proyecto de ley N° 233 de 2018 Cámara, con el objeto que los ponentes tengan argumentos suficientes para rendir el Informe de ponencia para Primer debate.

Sobre el particular, este Ministerio rinde el respectivo concepto de la referencia, en ejercicio de la función descrita en el artículo 15 del Decreto 2897 de 2011, subrogado por el artículo 18 del Decreto 1427 de 2017, según el cual, corresponde a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del ordenamiento Jurídico: “5. *Conceptuar sobre la constitucionalidad y coherencia con el ordenamiento jurídico vigente, de las iniciativas legislativas en materia de justicia y del derecho, sin perjuicio de las competencias asignadas a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.*”

## I. DATOS DEL PROYECTO DE LEY.

**Autor:** H.R. Rafael Eduardo Palau Salazar

**Comisión proyecto de ley:** Comisión Séptima Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

**Número de proyecto:** Cámara: 233/2018C

**Legislatura:** Periodo Legislativo 2017 - 2018

**Origen:** Cámara de Representantes

**Fecha de radicación:** Cámara: 2018-04-18

**Tipo:** Ley Ordinaria

**Publicado en:** Gaceta del Congreso N° 176 de 2018

## II. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley de la referencia consta de veinticinco artículos discriminados en cinco capítulos así.

- Capítulo I: **Disposiciones generales**

Se compone de siete artículos, del 1 al 7 relacionados con el objeto y ámbito de aplicación de la Ley; "Punto de encuentro familiar"; Apoyo de practicantes; Difusión en universidades, Titularidad, Difusión de información; objetivos de los puntos de encuentro familiar; Principios de actuación.

- Capítulo II: **Derechos y deberes de las personas usuarias**

Se compone de los artículos 8 al 11 del proyecto, relacionados con *Personas usuarias; Derechos de las personas usuarias; Deberes de las personas usuarias; Deberes de las personas usuarias y Protección de datos personales.*

- Capítulo III: **Marco de actuación de los puntos de encuentro familia**

Se compone de los artículos 12 al 17 relacionados con tipos de intervención; procedimiento de acceso y derivación; fases y finalización de la intervención; así como lo pertinente frente a la supervisión técnica y apoyo familiar.

- Capítulo IV: **Requisitos materiales y de funcionamiento**

Se compone de los artículos 18 al 22 relacionados con los requisitos; estudiantes en prácticas; calendario y horario de apertura; normas comunes de funcionamiento y sobre elaboración de informes.

- **Capítulo V: Inspección, vigilancia y reglamentación**

Se compone de los artículos 23 al 25 relacionados con la Inspección y vigilancia; Término de reglamentación por parte del ICBF y vigencia.

### **III. FINALIDAD DEL PROYECTO DE LEY**

De conformidad con el artículo 1º del proyecto de ley bajo examen y la exposición de motivos publicada en la Gaceta del Congreso 176 de 2018, este tiene como objetivo la creación de puntos de encuentro familiar, a través de los cuales se pretende garantizar el desarrollo de las relaciones familiares (padres-hijos) cuando estas se encuentran en riesgo de ser interrumpidas debido a la ruptura entre la pareja la cual ha desatado constantes crisis o conflictos relacionales entre los padres y en muchos casos, violencia; circunstancias que imposibilitan que uno de los padres no pueda continuar en contacto con su hijo o hijos menores de edad. Lo anterior dado que:

*“Conforme lo expuesto por el Instituto Nacional de Medicina Legal, en los últimos cuatro (4) años se presentaron doscientos cuarenta y dos mil ciento seis (242.106) casos de violencia intrafamiliar<sup>[5]</sup>; del mismo modo, la Fiscalía General de la Nación, reporta que entre los años 2013 al 2016, se presentaron doscientos ochenta y dos mil setecientas treinta (282.730) denuncias por violencia intrafamiliar en el país.*

*Lo anterior conlleva a la percepción de peligro e inseguridad para el sujeto sobre el cual recayó la agresión, por consiguiente, ante la negativa y el riesgo de mantener contacto directo con el agresor, se hace realmente imposible que el menor de edad pueda ser visitado por su padre o madre en el mismo lugar de residencia donde se encuentra la víctima, o que este sea llevado por el vulnerado a un lugar acordado u ordenado por un juez, existiendo la posibilidad de una nueva agresión”.*

### **IV PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES RELACIONADOS CON EL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS MENORES DE EDAD:**

En relación con el régimen de visitas la honorable Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-2394-2014 con ponencia del honorable Magistrado Mauricio González Cuervo señaló:

*“Ante la circunstancia de la separación, el niño debe proseguir su vida viviendo con uno de sus padres, a quien le corresponde la custodia y cuidado personal, pero sin perder el contacto y los vínculos con el padre con el cual ya no va a convivir diariamente, a quien tiene el derecho a ver con frecuencia. Y es que la*

finalidad principal de la custodia y cuidado personal, como se precisa en la Sentencia T-557 de 2011, es *“garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*, pues la custodia y cuidado personal implican una responsabilidad permanente en el tiempo para el padre que convive diariamente con el niño, mientras que la finalidad principal del régimen de visitas, como se advierte en la Sentencia T-500 de 1993, al aludir a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 1984, es *“el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo”*.

3.8.5.2. Conviene no perder de vista que en estos eventos, que deberían ser excepcionales, tanto los padres como la familia y el Estado deben pensar por y en función del interés superior del niño, antes que en cualquier otra consideración. Empero, al ser también la separación un evento traumático para los padres, éstos pueden llegar a omitir dicho interés y, por tanto, a olvidar su responsabilidad como padres, para asumir que sus hijos son un *“instrumento de manipulación y destrucción recíproca”*, con lo que se produce graves daños al niño y a sus derechos.

3.8.5.3. En este contexto, en algunos eventos se puede decidir que la custodia será compartida por ambos padres y, en otros, se puede decidir que a uno de ellos le corresponde la custodia y el cuidado personal y al otro las visitas. La segunda situación, relevante para el caso *sub judice*, implica revisar cómo se decide la custodia y cuidado personal del niño. Para este propósito conviene tener en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia<sup>[101]</sup>, así: (i) la custodia y el cuidado personal del niño deben ser asumidos, en forma permanente y solidaria y de manera directa y oportuna por ambos padres (art. 23); (ii) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (iii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iv) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100).

3.8.5.4. La decisión sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda –y se debe fundar siempre- en el interés superior del niño. Cuando no hay acuerdo entre las partes, que en un acto generoso y responsable deciden pensar en lo mejor para su hijo, esta decisión es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial, *“a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad*

*de garantes de los derechos fundamentales de los niños". En estos procesos corresponde a las autoridades administrativas y judiciales "analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar".*

3.8.6. Para realizar el juicio integrado de igualdad y constatar si en este caso se incurre o no en la diferencia de trato que apunta la demanda, es menester empezar por precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza. En el caso concreto, como acaba de verse, existe una evidente diferencia entre la custodia y cuidado personal y las visitas. Y existe porque, si bien ambas instituciones jurídicas guardan relación con los derechos del niño y, de manera especial, con el derecho fundamental de éste a tener una familia y a no ser separado de ella, la custodia y cuidado personal del niño es resultado de una decisión que se funda en el interés superior del niño. Si se decide sobre lo que es mejor para el niño, valga decir, sobre lo que resulta acorde a su interés superior, no es posible asumir, por sí y ante sí, como lo hace la demanda, que los supuestos de hecho de la custodia y cuidado personal y las visitas son iguales, o siquiera equiparables, para reclamar, a renglón seguido, la misma protección penal para ambas.

3.8.6.1. La anterior afirmación se confirma al analizar el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980 y aprobado por la Ley 173 de 1994. En efecto, en el Convenio se considera como ilícito el traslado o no regreso de un niño cuando (i) *"ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea sólo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso"* y (ii) *"que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido"* (art.

3.8.6.2. Para efectos del Convenio se distingue entre derecho de guarda y derecho de visita (art. 5). El primero comprende el derecho relativo al cuidado del niño y en particular el de decidir su residencia, y es el que se tiene en cuenta para configurar o no el precitado ilícito. El segundo comprende el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual. Si bien las visitas no tienen relación con el antedicho ilícito, el Convenio también las protege en su artículo 21, en tanto y en cuanto obliga a que se asegure su ejercicio pacífico y se eliminen los obstáculos que se les pueda oponer, por medio de un procedimiento adecuado".

Complementariamente, en relación con los derechos de los menores, la unidad familiar y la custodia de lo mismos, en la C-596 de 2016 con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo señaló:

*“...Este tribunal destacó que la familia es muy importante para el desarrollo integral y armónico del niño y que la relación entre sus miembros contribuye a crear un ambiente de amor y de cuidado, que es indispensable para dicho desarrollo, lo cual se evidencia en el precepto constitucional establecido en el artículo 44, así como en las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es por lo anterior que el marco jurídico en el que se desarrolla el concepto de custodia de los menores de edad, debe leerse en el conjunto de las normas de crianza, educación, orientación, y son los padres los primeros llamados a garantizar y proteger el interés superior de los menores de edad. En este sentido, como se observó a los menores de edad se les debe garantizar el derecho a tener una familia y a mantener las relaciones afectivas con sus parientes.*

*50. La custodia de los menores de edad puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia.*

*51. De la misma forma, prevé el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia que el niño, niña o adolescente deberá ubicarse en un ambiente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior. En este sentido, el mismo artículo dispone que “la búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos”.*

*52. Para efectos de otorgar la custodia de un menor de edad conviene tener en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en lo que*

*corresponde al procedimiento por mutuo acuerdo de los padres o a través de la autoridad administrativa competente, así: (i) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (ii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iii) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100). En cuanto al trámite judicial, se realiza la solicitud ante un juez de familia, a través de un proceso verbal sumario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 390 (3) del Código General del Proceso.*

*53. Cuando no hay acuerdo entre las partes, que en un acto generoso y responsable deciden pensar en lo mejor para su hijo, esta decisión como se mencionó anteriormente es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial, "a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños". En estos procesos corresponde a las autoridades administrativas y judiciales "analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar".*

*54. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, es dado concluir que la decisión que deba adoptar la autoridad administrativa o el juez de familia competente, sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda –y se debe fundar siempre- en el interés superior del niño, por lo cual, son estos los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor.*

## **V. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY**

Tal como se refirió en acápites anteriores, la finalidad del proyecto es garantizar el desarrollo de las relaciones familiares (padres-hijos) cuando estas se encuentran en riesgo de ser interrumpidas debido a la ruptura entre la pareja. No obstante, se evidencia que dicha pretensión guarda estrecha relación con aquella pretendida por el legislador en la Ley 890 de 2004 al tipificar el **Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad** así:

**“Artículo 7.** El Código Penal tendrá un nuevo artículo 230A del siguiente tenor:

**Artículo 230A. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.** El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En relación con los Centros de Desarrollo Infantil - CDI que de conformidad con el proyecto de ley son los encargados de prestar el servicio de Punto de Encuentro Familiar (PEF), ha de tenerse en cuenta que estos por destinación prestan un servicio institucional que busca garantizar la educación inicial, cuidado y nutrición a niños y niñas menores de 5 años. Luego, pretender cambiar o ampliar su destinación y su cobertura, a más de tener un posible impacto fiscal que debe ser objeto de concepto previo del Ministerio de hacienda, de conformidad con el artículo 7° de la ley 819 de 2003, se considera pertinente contar con el aval del ICBF, dado que los horarios de atención se amplían a sábados, domingos y festivos; así como los beneficiarios, dado que al ampliar la cobertura a niños, niñas y adolescentes se puede afectar a población inicialmente focalizada hasta los 5 años. Requiriendo nuevos equipos interdisciplinarios.

Dado que el artículo 3° (Apoyo de practicantes) y el 19 (estudiantes en práctica) son casi idénticos, se sugiere realizar su unificación en uno solo. Por su parte, en el entendido de que de conformidad con el artículo 7° los puntos de encuentro se utilizarán “solo cuando sea el único medio para facilitar las relaciones entre las y los niños, niñas y adolescentes y su familia, y se orientará siempre hacia la normalización de las relaciones”, pero ya la ley penal contemplo una medida para ello, no es claro en qué momento empezará o podrá darse su aplicación o utilización.

En el entendido de que el acceso a los puntos de encuentro familiar se debería realizar por decisión del órgano judicial o autoridad administrativa competente, más no se precisa ¿qué Juez tiene a su cargo dicha competencia y que trámites, límites, cuantías o similares, ni a que autoridad administrativa se refiere? Ello se presta para posibles ambigüedades y eventuales conflictos de competencia. Máxime cuando se le da al ICBF la potestad de resolver sobre la ratificación o no de la suspensión en el plazo máximo de ocho (8) días hábiles. El equipo técnico de los puntos de encuentro familiar podrá desarrollar las intervenciones que considere más adecuadas y las planificará siempre dentro de las atribuciones que le son propias y en el marco de lo establecido por la ley vigente.

Para finalizar, en el entendido que en el artículo 27 del proyecto de ley, se le está otorgando la potestad de reglamentar los puntos de encuentro familiar”, al ICBF, entidad adscrita al Departamento para la Prosperidad Social, quien no tendría esa facultad sino el DPS, se sugiere revisar su pertinencia, toda vez que de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, dichos reglamentos serían de inferior categoría de aquellas normas dictadas por regla general por el Presidente de la República en ejercicio del numeral 11 del artículo 189 constitucional.

En efecto, en la sentencia C-765 de 2012 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la honorable Corte Constitucional precisó:

#### ***“4.3.3. Propósito y alcances de la potestad reglamentaria***

*El artículo 189 de la Constitución de 1991 al listar las principales funciones del Presidente de la República menciona en su numeral 11 la de “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. A través de esta facultad, el Presidente, en su carácter de suprema autoridad administrativa, puede instruir a sus subalternos, que son todos los servidores que conforman la Rama Ejecutiva, sobre la mejor manera de llevar a efecto los mandatos legislativos.*

*Dado que la propia Constitución se refiere a esta función como una potestad, la jurisprudencia ha reconocido que la capacidad de reglamentar la ley es una función autónoma del Presidente de la República, en cuanto su realización depende enteramente de la iniciativa y voluntad de éste, como también que es permanente e ilimitada en el tiempo, pues la norma superior no señala términos o plazos específicos dentro de los cuales deba ejercerse, por lo que tampoco la ley podría hacerlo.*

*No obstante, la práctica de los años recientes muestra un entendimiento parcialmente diferente de la potestad reglamentaria por parte del legislador, quien con frecuencia ordena expedir este tipo de decretos en relación con temas específicos, atribuye esta facultad a autoridades distintas al Presidente, ubicadas en niveles inferiores de la Rama Ejecutiva, o señala plazos específicos para su ejercicio. Algunas de estas situaciones pueden corresponder también a un entendimiento más genérico del verbo reglamentar, no necesariamente ligado a esta tradicional competencia presidencial.*

*A partir de estas circunstancias, la jurisprudencia constitucional de este tribunal ha reinterpretado los alcances de esta facultad. Así, ha aceptado que como expresión de la misma función de producción normativa, el legislador prevea la necesidad de reglamentar ciertas materias, especialmente cuando el desarrollo*

que él mismo ha hecho de ellas ha sido apenas parcial. **De igual manera ha permitido también que se atribuya facultad reglamentaria a otras autoridades administrativas, con la precisión de que las normas que llegaren a expedirse no tienen la misma jerarquía que las emanadas del Presidente de la República.** Y ha aceptado incluso, que se señale un tiempo determinado para la expedición de ciertos decretos, entendiéndose que se trata simplemente de una forma de propiciar la más pronta expedición de las normas que se estiman necesarias para la mejor aplicación de una determinada preceptiva, también bajo el supuesto de haber sido parcial el desarrollo legislativo del tema.

Sin embargo, recordando que el poder reglamentario es una facultad presidencial autónoma, la Corte ha precisado que su ejercicio frente a las leyes cuya aplicación corresponde a la Rama Ejecutiva no depende de una pretendida habilitación legislativa, como también que en ningún caso se extingue esta facultad por el agotamiento del término que hubiere señalado en la ley. Así, la suprema autoridad administrativa tiene entonces competencia para expedir decretos reglamentarios respecto de cualquier ley que deba ser cumplida por sus subalternos, y puede hacerlo sin límite de tiempo, pudiendo incluso modificar, reemplazar o derogar las normas que con anterioridad hubiere dictado.

Por último, es claro también que las normas reglamentarias tienen una relación de accesoriedad respecto de la ley que es reglamentada. Esa premisa tiene varias importantes consecuencias, entre ellas que no puede ejercerse esta potestad si no existe una normatividad legal que pueda ser objeto de ella, así como que en caso de derogatoria, inexecutable, o cualquier otra situación por la que desaparezca la norma reglamentada, los decretos reglamentarios corren igual suerte". (Se subraya para resaltar).

Igualmente, en relación con los requisitos que deberá reunir el ejercicio de la potestad reglamentaria por autoridades diferentes al Gobierno Nacional se tiene que:

"... (i) la materia a ser reglamentada no tenga reserva de ley, pues el Legislador no puede desprenderse de esas atribuciones; (ii) que los reglamentos expedidos por la entidad se sujeten a lo que disponga la ley cuadro respectiva y sus correspondientes decretos reglamentarios; (iii) que quede claro que el legislador y el Gobierno conservan sus atribuciones, que pueden ejercer en todo momento, sin que la existencia de la función reglamentaria residual de la entidad restrinja sus posibilidades de acción; y (iv), que como consecuencia de todo lo anterior, se entienda que la entidad es dependiente del gobierno, ya que, "aunque no hace

*parte del Gobierno en el sentido restringido del término, desarrolla atribuciones presidenciales enmarcadas dentro de la preceptiva fundamental.<sup>1</sup>*

Cordialmente,



**CARLOS ALBERTO UNIGARRO PAZ**

Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico ( E )

Elaboró: Angélica J Rincón Cárdenas  
Revisó y aprobó: Carlos A Unigarro paz

EXT18-0017037  
TRD: 2300 08 041

---

1 En el mismo sentido, ver la sentencia C-290 de 1997 y la Sentencia C-397 de 1995. MP José Gregorio Hernández Galindo; así como la sentencia C-170 de 2001 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero