



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Sede de la Dirección General
Dirección General
Pública



Estado
es de todos

Al contestar cite este número



Radicado No:
202010000000295991

Bogotá D.C., 14-10-2020

Doctores
RICHARD AGUILAR VILLA
ELBERT DÍAZ LOZANO
DAVID ERNESTO PULIDO NOVOA
Autor y Coordinadores Ponentes
Congreso de la República
richard.aguilar@senado.gov.co
elbert.diaz@camara.gov.co
david.pulido@camara.gov.co
La Ciudad

Asunto: Concepto al Proyecto de ley No. 171 de 2020 Cámara, "Por medio de la cual se transfieren competencias a los Defensores de Familia para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones".

Honorables Congressistas:

En atención a su solicitud remitida mediante correo electrónico de presente anualidad, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, en el marco de sus competencias, emite concepto relacionado con el proyecto de ley del asunto.

1. Síntesis del objeto y articulado del proyecto de ley

De conformidad con lo planteado en la exposición de motivos y el artículo primero, el objeto del proyecto de ley es "transferir" competencias que se encuentran en cabeza de los jueces de familia a los defensores de familia del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF, con el fin de agilizar los procesos y descongestionar la Rama Judicial.

El proyecto de ley en comento cuenta con diez artículos: 1. Objeto; 2. Elimina los numerales 3, 5, 6 y 7 del artículo 21, de la Ley 1564 del 2012, asuntos de competencia de los jueces de familia en única instancia; 3. Adiciona un artículo nuevo a la Sección 2, del Capítulo 9 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2, del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015, funcionamiento y competencias de las defensorías de familia y de las comisarías de familia; 4. Adiciona un artículo nuevo a la Ley 1098 de 2006, respecto al trámite del procedimiento administrativo; 6. Remisión al Juez de Familia;

ICBFColombia

www.icbf.gov.co

@ICBFColombia

@icbfcolombiaoficial

[onshow.NombreSede]
Avenida carrera 68 No.64c – 75
Bogotá, D.C.

Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8080



7. Partes dentro del proceso; 8. Incremento salarial para los Defensores de Familia; 9. Crea el cargo de abogado sustanciador en los despachos de los Defensores de Familia; 10. Remisión al Código General del Proceso; 11. Vigencia, rigiendo a partir de la fecha de su promulgación.

2. Análisis de la iniciativa legislativa

Con el fin de abordar el estudio del proyecto de ley, a continuación se realizarán las siguientes consideraciones: 1. Análisis sobre la posibilidad de establecer competencias jurisdiccionales en cabeza de autoridades administrativas; 2. Necesidad de contar con un análisis del impacto fiscal del proyecto que contemple los gastos sugeridos; 3. Observaciones particulares relacionadas con la construcción del proyecto en materia de técnica legislativa y 4. Conclusiones finales mediante las cuales se explica de forma concreta el concepto negativo al proyecto de ley.

2.1. Estudio General del Proyecto

El artículo 1 señala como objeto del proyecto de ley el “transferir” competencias jurisdiccionales a las Defensorías de Familia, con el fin de descongestionar los despachos judiciales. El primer aspecto jurídico a considerar entonces es la posibilidad de entregar funciones jurisdiccionales a autoridades de naturaleza administrativa.

El inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política señala que, excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, siempre que no se trate de adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

La Corte Constitucional se ha referido en un amplio conjunto de sentencias a la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas. Desde la sentencia C-592 de 1992 la Corporación abordó el tema, destacando que ese tipo de asignación de competencias constituye una tendencia común en el derecho comparado actual, destinada a la descongestión de la administración de justicia, y cuya validez depende de la excepcionalidad y el origen legislativo de la atribución en los términos del artículo 116 de la Constitución Política. La línea jurisprudencial del Alto Tribunal ha sido extensamente desarrollada, entre otras, en las sentencias C-1143 de 2000, C-1641 de 2000, C-384 de 2000, C-649 de 2001, C-415 de 2002 y C-153 de 2013.

Como resumen de las consideraciones de la Corte, el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas debe efectuarse cumpliendo tres grupos de condiciones, así:

En primer término, debe respetar un principio de excepcionalidad, asociado a (i) la reserva de ley en la definición de funciones (incluidos los decretos con fuerza de ley), (ii) la precisión en la regulación o definición de tales competencias; y (iii) el principio de interpretación restringida o restrictivita de esas excepciones.

En segundo lugar, la regulación debe ser armónica con los principios de la administración de justicia, entre los que se destacan (iv) la autonomía e independencia judicial; (v) la imparcialidad del juzgador; y (vi) un sistema de acceso a los cargos que prevea un nivel determinado de estabilidad para los funcionarios judiciales.



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Cecilia De la Fuente de Lleras
Sede de la Dirección General
Dirección General
Pública



Unidos
de todos

Por último, debe ajustarse al principio de asignación eficiente de las competencias, el cual se concreta en un respeto mínimo por la especialidad o la existencia de un nivel mínimo de conexión entre las materias jurisdiccionales y las materias administrativas en las que potencialmente interviene el órgano. Esa conexión debe ser de tal naturaleza, que asegure el derecho a acceder a un juez competente, y que a la vez, brinde garantías suficientes de independencia de ese juzgador¹.

Con este marco constitucional y jurisprudencial, al revisar el texto del proyecto de ley, se advierte que algunas de las exigencias no se satisfacen completamente tal y como se explica a continuación.

El ICBF es una entidad descentralizada con presencia a nivel nacional. No obstante, existen municipios en los cuales no hay defensorías de familia, y por tanto, corresponde a la comisaría de familia o, en su lugar, al inspector de policía, asumir la competencia ya sea territorial, concurrente, subsidiaria o a prevención, las cuales, pasan a explicarse a continuación:

- **Territorial²:** Conoce la autoridad administrativa del lugar donde se encuentre el niño, niña y/o adolescente.
- **Concurrente³:** En el municipio donde haya presencia del defensor/a de familia y comisario/a de Familia. El/la comisario/a de Familia conoce cuando hay **violencia intrafamiliar** y el defensor de familia de las vulneraciones que no se susciten en el contexto familia.
- **Subsidiaria⁴** En los municipios donde no haya defensor/a de familia, sus funciones las cumple el comisario/a de familia y si no hay comisaría de familia, el Inspector de Policía. **(Salvo la declaratoria de adoptabilidad)**
- **A prevención⁵:** En el municipio existe defensor/a de familia y comisario/a de familia, o comisario/a de familia e inspector de policía, la primera autoridad que tenga conocimiento de la situación asumirá a prevención el caso adelantará las acciones a que haya lugar, y luego de ello remitirá a la autoridad administrativa competente.

Conforme con ello, las competencias de las Comisarias de Familia o a las inspecciones de policía, como dependencias territoriales que están sujetas a las determinaciones de las administraciones municipales no garantizan un sistema de acceso que propenda por la estabilidad y autonomía de los cargos. En efecto, al depender de los mandatarios locales, no brindarían la imparcialidad y la independencia que son requeridas por la jurisprudencia de la Corte para el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas.

En otras palabras, el otorgar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas que dependen de la designación de las autoridades locales y que no tienen condiciones de estabilidad para el ejercicio del cargo, claramente no representa las garantías de imparcialidad y objetividad que son requeridas en este tipo de labores.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2013.

² Artículo 97 Código de la Infancia y la Adolescencia.

³ Artículo 82 y siguientes Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁴ Artículo 98. Ibidem.

⁵ Artículo 99 Ibidem.

ICBFColombia

www.icbf.gov.co

@ICBFColombia

@icbfcolombiaoficial

{onshow.NombreSede}
Avenida carrera 68 No.64c – 75
TEL: 437 7636

Línea gratuita nacional ICBF
01 8000 91 8030



En segundo lugar, respecto al requerimiento de asignación eficiente de las competencias, el equipo de las Defensorías de familia está compuesto por: un abogado, un psicólogo, un trabajador social, un nutricionista⁶ y, dependiendo la ciudad, un antropólogo. Este equipo interdisciplinario no es comparable a los que componen los juzgados. Lo anterior, toda vez que los despachos judiciales están concebidos para adelantar trámites y procesos distintos a los adelantados en la etapa administrativa. En ese sentido, cuentan con al menos tres profesionales en derecho - juez, abogado sustanciador, secretario de despacho-, además de un auxiliar administrativo que realiza todos los trámites de recibo, reparto de las demandas y notificación de los autos y demás decisiones que surjan dentro del proceso -escribiente- y un profesional en trabajo social.

Así las cosas, es claro que, aun cuando existe una conexidad en las materias que se pretende otorgar a las autoridades administrativas, la competencia de estos despachos y su capacidad operativa para adelantar estas gestiones no aseguran las condiciones pertinentes para administrar justicia y, en consecuencia, ponen en riesgo el derecho al acceso a la justicia de las partes y, más importante, la garantía de los derechos de los niños y niñas involucrados.

Bajo este contexto, es evidente que habría una deficiencia en aspectos de logística, talento humano y presupuestal, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendría que solventar, pues no solamente se requiere un abogado sustanciador como se menciona en el proyecto de ley señalado, sino que debe existir un equipo de trabajo de las mismas condiciones técnicas e idoneidad que el de los juzgados de familia.

De lo contrario, se recargaría a las defensorías de familia y no se lograría el fin perseguido, el cual es la descongestión de los procesos en los que se encuentren involucrados los niños, las niñas y los adolescentes. Para efectos prácticos se estaría trasladando la congestión existente de los juzgados a las defensorías de familia sin tener en cuenta su capacidad operativa y técnica.

Finalmente, es importante recordar que, según lo ha afirmado la Corte Constitucional, la administración de justicia no sólo reclama un juez conocedor de la problemática sobre la cual debe emitir sus fallos, de juicio sereno, recto en todo sentido, con un acendrado criterio de lo justo, sino también de un juez objetivo e institucionalmente libre. Por ese motivo, la excepcionalidad en la asignación de competencias jurisdiccionales a la Administración no sólo se deriva de la voluntad constituyente, sino que recuerda la obligación estatal de propender, en primer término, por el fortalecimiento de la Rama Judicial, y sólo, de manera extraordinaria, efectuar una atribución de competencias a la Administración⁷.

En esta línea, es indispensable señalar que la carga laboral que tienen la Defensorías de Familia es alta y muchos procesos se encuentra represados, de manera que, antes de pensar en asignar estas competencias a las autoridades administrativas, se debe propender por establecer mecanismos que fortalezcan la rama judicial, así como la planta y la capacidad instalada de las Defensorías de Familia, de manera que se puedan atender dentro de un plazo razonable las hipótesis que se abordan en la iniciativa.

⁶ Este perfil no lo tienen todas las Defensorías.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2013.



Con la finalidad de visibilizar la carga laboral de las defensorías de familia, con corte al 31 de agosto del 2020, se encuentran activos **61.691** Procesos Administrativos de Restablecimientos de Derechos y **216.062** Trámites de Atención Extraprocesal, a nivel nacional de conformidad con la información reportada en el Sistema de Información Misional-SIM⁸. Este dato, de más de 277.253 trámites en desarrollo para los 1344 Defensores de Familia con los que cuenta el ICBF, es significativo en lo que carga laboral se refiere y, demuestra que los procesos que pretenden ser asignados con la iniciativa pueden causar un represamiento aún mayor al ya existente.

De acuerdo con lo anterior, se puede advertir que las cifras son bastante considerables, teniendo en cuenta que no se presentan en el informe los demás trámites que adelantan estas autoridades administrativas, en atención a las competencias establecidas en el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia, tales como: ejercer la representación de los adolescentes y jóvenes en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes; asistir a diligencias judiciales y las demás que se requieran en el ejercicio de sus funciones.

Igualmente, en lo que respecta al represamiento y carga laboral de los defensores de familia, es importante mencionar que desde el año 2019 se viene trabajando en un plan de fortalecimiento y superación de rezago de peticiones sin atender por parte de las defensorías de familia, lo cual ha implicado esfuerzos de tipo administrativo, financiero y de talento humano.

A manera de ejemplo, en abril de 2019 se encontraron **58.024** solicitudes de restablecimiento de derechos sin verificar desde el año 2008. Por tal razón, se iniciaron diferentes acciones que han permitido un avance del **66.8 %** con corte al 31 julio de 2020.

Asimismo, y si bien se ha logrado un avance significativo, en esta época de contingencia, lamentablemente ha sido imposible realizar la verificación de derechos en todas las solicitudes que se han presentado, lo que implicará un nuevo rezago cuando finalice el estado de emergencia sanitaria.

Por otro lado, debe considerarse que la Ley 1878 de 2018 establece modificaciones al Código de la Infancia y la Adolescencia que implicaron cargas adicionales para los defensores de familia. Así, aun cuando dicha ley fue expedida hace más de dos años, en este momento seguimos presentando barreras para su implementación. De conformidad con la información reportada en el SIM, de los **49.262** Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos - PARD que debían movilizarse en el momento de la expedición de dicha ley por encontrarse en el régimen de transición, actualmente faltan movilizar **3.976** procesos con corte a 1 de septiembre de 2020, precisamente porque esta transición requiere de un diagnóstico completo de tipo administrativo, de talento humano, logístico y presupuestal.

Por lo anterior, a juicio de este Instituto, la congestión judicial que pretende remediar el proyecto de ley no puede ser solucionada generando una nueva congestión de las autoridades

⁸ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuenta con un Sistema de Información Misional -SIM- desarrollado, para cubrir las necesidades de información de este, que se originan en sus procesos misionales; dicho sistema es una herramienta que sirve de apoyo a las acciones realizadas para la prestación de los servicios y cuya finalidad es facilitar el registro, la consolidación y reporte de información local, regional y nacional de manera oportuna y confiable.

administrativas, afectando con ello su labor dirigida a la protección integral de la niñez y la adolescencia colombiana. En este sentido, se sugiere pensar en el fortalecimiento tanto de la rama judicial como de las Defensorías de Familia, antes de realizar un traslado de competencias entre estas autoridades. No tener en cuenta este contexto, constituye un incumplimiento de los requisitos establecidos por la Carta Política para “transferir” las funciones judiciales a las entidades administrativas.

En este sentido, la exposición de motivos no cuenta con una línea argumentativa suficiente que justifique el traslado de competencias y que presente el análisis de la capacidad operativa que puedan tener las defensorías de familia para atender estos asuntos. Así, se extraña la inclusión de cifras que den cuenta de la congestión mencionada en este tipo de procesos o cómo estas causas son las que representan una mayor carga para los despachos; por el contrario, la justificación de la iniciativa parece apuntar, y no de forma completa o contundente, a que existe la posibilidad de trasladar funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas y que esto es suficiente para proponer la modificación planteada.

2.2. Análisis de impacto fiscal

La iniciativa pretende un incremento salarial de los defensores de familia (lo cual debería incluir a los comisarios de familia y a los inspectores de policía) y crear un cargo de abogado sustanciador, sin que exista un estudio de cargas de personal o un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) sobre la manera en que, administrativamente, se ponga en funcionamiento estas nuevas funciones.

Además, se hace necesario contar con el concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que en la actualidad el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no cuenta con los recursos necesarios para dar aplicación y cumplimiento a los artículos del proyecto de ley considerando las razones expuestas precedentemente, máxime si se tiene en cuenta que además del incremento salarial y la creación del cargo de abogado sustanciador, se debe considerar los recursos administrativos necesarios para los nuevos cargos como son: infraestructura, mobiliario, tecnologías, entre otros.

Si se tiene presente el principio de “a trabajo igual, salario igual”⁹ establecido por el Código Laboral, los salarios del talento humano de las defensorías de familia al otorgárseles funciones propias de los juzgados de familia, debería ser homologado a los salarios de la Rama Judicial, lo cual implica claramente un impacto fiscal que no ha sido analizado en el proyecto de ley en los términos contemplados por la ley y la jurisprudencia constitucional. Al no asignarse más recursos de funcionamiento al ICBF para hacer frente a este contexto, se estaría obligando a que la entidad disminuya las partidas asignadas a la protección de la niñez, la adolescencia y la juventud, lo que claramente lesiona los fundamentos constitucionales de la misionalidad del Instituto.

Al respecto, se resalta lo señalado por la Corte Constitucional, de conformidad con lo previsto en la Ley 819 de 2003, por lo cual los proyectos de ley en los cuales se ordene un gasto público deben contar con un estudio de análisis de su impacto fiscal. En palabras del alto tribunal:

⁹ Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 143.

El artículo 151 C.P. confiere al Congreso la competencia para la expedición de leyes orgánicas a la cual estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. En ese sentido, como lo reconoce la jurisprudencia de esta Corporación, las leyes orgánicas constituyen parámetro constitucional de control de las normas ordinarias, "por su posición organizadora en un sistema legal que depende de ellas"

Dentro de las materias que la Carta Política prevé como parte de la legislación orgánica se encuentran las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones. Conforme esta previsión, el Congreso expidió la Ley 819 de 2003 "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan de otras disposiciones". El artículo 1º de esta normativa impone el Gobierno Nacional la obligación de presentar antes del 15 de junio de cada vigencia fiscal, un Marco Fiscal de Mediano Plazo ante las comisiones económicas del Senado y de la Cámara de Representantes, con el fin que sea estudiado y discutido con prioridad durante el primer debate de la Ley Anual de Presupuesto.

A su vez, el artículo 7º de la Ley 819/03 determina la exigencia de compatibilidad entre los proyectos de ley que ordenen gasto o que otorgue beneficios tributarios y el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Así, la norma orgánica exige que tanto en la exposición de motivos del proyecto de ley como en sus respectivas ponencias de trámite debe incluirse expresamente los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dichos rubros. Igualmente, la disposición prevé que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá rendir concepto frente a la consistencia de ese estudio de impacto fiscal.

Con base en esta disposición, la jurisprudencia constitucional ha inferido dos connotaciones importantes en relación con el requisito impuesto a los proyectos de ley por parte de la norma orgánica de presupuesto. "Primero, que es exigible sólo para los proyectos de ley que ordenen gasto o que otorguen beneficios tributarios; segundo, que el mismo debe cumplirse en todo momento, es decir, durante todo el trámite legislativo -tanto en la exposición de motivos, como en las ponencias-, y, tercero, que el Marco Fiscal es un referente obligatorio para el análisis del impacto fiscal de los proyectos de ley." (Subrayas fuera de texto)¹⁰.

A la luz de lo anterior puede colegirse que previamente a la deliberación concreta y explícita sobre los efectos fiscales de la medida legislativa, el Congreso debe haber identificado el impacto de dicha medida en las finanzas públicas. Luego de lo cual deberá explicar las razones por las cuales no acoge el concepto del Gobierno. La deliberación que allí se surte debe tomar en consideración a) los costos fiscales de la iniciativa legislativa; (ii) el análisis de la misma frente al marco fiscal de mediano plazo y; c) las probables fuentes de financiación.

¹⁰ Sentencia C-856 de 2006. Corte Constitucional Colombiana

Dicha deliberación no debe surtir desde una perspectiva meramente formal sino que realmente debe ser un medio para materializar el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público en los términos que consagra el artículo 113 de la Constitución, en este caso, el ejecutivo y el legislativo, con el fin de concretar el criterio orientador de la sostenibilidad fiscal, de lo contrario, este no se haría efectivo y se le restaría eficacia a su contenido, el cual está relacionado con la realización progresiva de los objetivos del Estado Social de Derecho. Cabe destacar que dicha colaboración entre el legislativo y el ejecutivo permite la armonización entre el principio democrático y la importancia de propender por la estabilidad macroeconómica y el orden de las finanzas públicas como fines constitucionalmente relevantes.

Por lo mencionado, este Instituto considera que al proyecto de ley le hace falta una proyección más detallada de los gastos que pretende asignar al Estado, en la cual se defina tanto la proveniencia del presupuesto como los criterios para su administración, dado que la iniciativa legislativa en cuestión implica una serie de erogaciones por parte del erario con destinación específica, siendo necesario que se incluya el análisis de impacto fiscal dentro de la respectiva exposición de motivos.

2.3. Competencias de los Defensores de Familia

De conformidad con el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia actualmente los defensores de familia, cuentan, entre otras, con las siguientes funciones:

“Artículo 82 Código de infancia y adolescencia:

(...)

6. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito

(...)

8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.

9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.

(...)

11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.

12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.

(...)

17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.”

Como se evidencia, en los casos mencionados se les otorgan funciones a los defensores de familia relacionadas con la representación judicial y, tal como se describe en el numeral octavo de la norma, cuentan igualmente con funciones de mediadores en instancia administrativa. Lo anterior, encuentra su sustento en el artículo 31 de la Ley 640 del 2001 que señala:

“ARTICULO 31. CONCILIACION EXTRAJUDICIAL EN MATERIA DE FAMILIA. <Ver Notas del Editor> La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

En ese sentido, el artículo 32 de la Ley 640 del 2001 y el parágrafo 3 del artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia, señalan:

“ARTICULO 32. MEDIDAS PROVISIONALES EN LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN ASUNTOS DE FAMILIA. Si fuere urgente los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.”

“ARTÍCULO 52. VERIFICACIÓN DE LA GARANTÍA DE DERECHOS:

(...)

PARÁGRAFO 3o. Si dentro de la verificación de la garantía de derechos se determina que es un asunto susceptible de conciliación, se tramitará conforme la ley vigente en esta materia; en el evento que fracase el intento conciliatorio, **el funcionario mediante**

resolución motivada fijará las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el juez competente."

De acuerdo con lo anterior, en los casos en los cuales la autoridad administrativa, dadas las circunstancias de la situación específica, deba fijar de forma provisional la custodia, las visitas o alimentos del niño, la niña o adolescente, las partes tienen la facultad de elevar esta decisión a la instancia judicial con la finalidad que la misma sea revisada, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En este sentido, si se pretende realizar la modificación de este proceso y optar por una única instancia cuando actualmente se contempla una revisión judicial de la causa, es indispensable que la exposición de motivos contenga la justificación de por qué esta es la medida pertinente para acabar con la congestión de los despachos. Es decir, si bien no es inconstitucional por sí sola la existencia de una única instancia, lo cierto es que este ajuste debe contar con una explicación de la relación causa y efecto entre la medida planteada y la finalidad perseguida.

Adicionalmente, según lo dispuesto en el proyecto de ley, no resulta claro si la potestad de fijación provisional para los trámites de custodia, visitas y alimentos continuaría vigente con la facultad de ser elevada a la instancia judicial, o si esta se deroga y sólo procedería la autoridad administrativa a tomar la decisión de fondo, sin posibilidad de ser elevada ante otra instancia judicial.

Por otro lado, es necesario considerar que 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, aprobado mediante Resolución No. 1526 de 23 de febrero de 2016, señala:

"El Defensor de Familia adscrito a Juzgados realizará las actuaciones tendientes a impulsar los procesos que tenga a su cargo en debida forma en el despacho judicial al que se encuentre asignado, buscando la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, con las siguientes acciones: subsanar las demandas inadmitidas, notificarse de manera oportuna de las providencias que se profieran en el desarrollo de los procesos; gestionar la realización de las notificaciones a las partes, conforme a la Legislación de Procedimiento Civil vigente; participar activamente en las audiencias; solicitar y aportar pruebas; formular interrogatorios; presentar alegatos de conclusión e interponer de manera oportuna, los recursos a que haya lugar y las acciones de tutela que sean procedentes. De todas las actuaciones surtidas dentro del Proceso judicial, dejará evidencia en la historia de atención del niño, niña o adolescente que permitan visualizar y comprobar la real garantía de sus derechos".

Con esto en mente, no resulta claro el manejo de esta competencia del Defensor de Familia, cuando en el proyecto se le atribuyen competencias de sustanciación y adelantamiento de los procesos de naturaleza judicial.

Finalmente, es de advertir que el inciso segundo del artículo 100 A propuesto, establece un término de 10 días para la realización de la audiencia de conciliación, contados desde la radicación de la solicitud, distinto a lo contenido en el artículo 20 de la Ley 640 del 2001, el cual determina un plazo máximo para adelantar las audiencias de conciliación de tres (3) meses, así:

*"ARTICULO 20. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, **tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud.** Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término".*

Se debe señalar que el término de tres meses no se estableció caprichosamente, sino que obedeció al análisis respecto a la capacidad de atender dichas solicitudes, con el fin de no generar represamiento ni una falla en la atención. Por lo anterior, se considera que la reducción de este término no está debidamente justificada en el proyecto de ley, es decir incluyendo el análisis de la capacidad de talento humano, atención y cifras de solicitudes de conciliación que existen a la fecha.

2.4. Observaciones específicas

Habiéndose manifestado los reparos de fondo del Instituto en relación con esta iniciativa, es pertinente realizar algunas consideraciones de técnica legislativa que resultan aplicables al proyecto de ley puesto en consideración:

- En todo el texto del proyecto se observa el uso del término "*menor*" que, con la entrada en vigor de la Ley 1098 de 2006, fue considerado como peyorativo, por tal razón, en la actualidad no es dable hacer uso de dicha expresión, teniendo en cuenta que los niños, las niñas, y los adolescentes son personas con protección constitucional reforzada y se convierten en sujetos de derechos, así como son considerados como seres en desarrollo que poseen dignidad integral.

De igual modo, enfatizó la Corte Constitucional mediante pronunciamiento C-442 de 2009¹¹ que:

*"La doctrina sobre derechos fundamentales de los niños y niñas, aboga en la actualidad por erradicar el uso de las expresiones "*menor*" y "*menores de edad*", bajo el argumento de que dichas expresiones pueden confundirse con una categorización de inferioridad de los sujetos que designa. De ahí que, resaltada la importancia del uso adecuado del lenguaje como elemento esencial del desarrollo no sólo conceptual, sino práctico y pedagógico de los derechos fundamentales, considera que una expresión acorde con esta idea es la de "*menores de dieciocho (18) años*" que hace referencia al umbral que el sistema jurídico colombiano ha establecido para distinguir los estados civiles de minoría y mayoría de edad" (Negrilla fuera de texto)*

- En lo que tiene que ver con el artículo 3 del Proyecto de Ley, es necesario analizar la pertinencia de modificar el Decreto Único del Sector Justicia, por medio del cual se compilaron las normas reglamentarias de dicho sector, a través de una ley de la República. Al respecto debe considerarse que la Corte Constitucional ha desarrollado la distinción

¹¹ Sentencia Corte Constitucional, C-442 del 8 de julio de 2009. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

entre decretos con fuerza de ley y decretos reglamentarios, siendo los primeros expedidos con fundamento en una ley de facultades extraordinarias otorgadas por el legislador ordinario, a instancias del artículo 150-10 de la Constitución, mientras que los segundos son aquellos por medio de los cuales el Ejecutivo ejerce la potestad reglamentaria de las leyes para su cumplida ejecución, facultad ésta que le confiere el artículo 189, numeral 11. Estos últimos, claro está, carecen de fuerza de ley, siendo meros actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa¹².

En este sentido, tratándose de dos fuentes normativas distintas expedidas en desarrollo de competencias propias del legislador y del ejecutivo en cada caso, resulta antitécnico que se busque la modificación de una norma reglamentaria a través de una ley, pues esto significa alterar una norma proferida por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, haciendo uso de una competencia constitucional diferente, que está en cabeza del Congreso y que corresponde a la emisión de las leyes.

Entonces, aun cuando no existe una prohibición expresa para modificar un decreto reglamentario, lo cierto es que se trata de dos competencias diferentes a nivel constitucional. Se corre el riesgo que a pesar de las disposiciones que apruebe el legislador, las demás que están previstas en el Decreto dentro del mismo capítulo puedan ser cambiadas por el Ejecutivo, lo que puede llevar a un problema de orden técnico que modificaría el contexto de lo que fue aprobado por el Congreso de la República.

- En el artículo 2 resulta antitécnico señalar la *eliminación* de unos numerales del Código General del Proceso, cuandoquiera que lo que corresponde es la derogatoria, si se quiere expresa, de dichos apartes normativos.
- El proyecto de ley que se analiza establece como uno de sus “fundamentos de derecho” el Estatuto del Defensor de Familia. Es necesario advertir que de conformidad con el artículo 5º de la Resolución No. 1526 de 23 de febrero de 2016, modificado mediante Resoluciones No. 7547 de julio 29 de 2016 y la No. 8720 de 2018, se derogó el mencionado Estatuto del Defensor de Familia aprobado mediante la Resolución 652 de 2011.
- El texto del artículo 4 propuesto es extraído de la Ley 1098 de 2006 previo a la modificación realizada por la Ley 1878 de 2018.
- El texto realizado no cuenta con un artículo 5, de manera que la iniciativa salta del artículo (4) cuarto al (6) sexto.
- Se observa que la redacción de los artículos 4, 6 y 7 están desarticulados y descontextualizados, pues aún cuando todos ellos parecen pretender adicionar la Ley 1098 de 2006, sólo el 4 está redactado de esta manera, en tanto los artículos 6 y 7 no modifican ninguna norma y en ese sentido su aplicación no resultaría clara.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2002.

- En relación con el artículo 6, en el que se contempla una “homologación” de la decisión de la autoridad administrativa por parte del Juez de Familia, no resulta claro bajo qué condiciones se adelantaría este trámite, pues, si se pretende otorgar competencias jurisdiccionales a las Defensorías de Familia en única instancia, resulta confuso cuál sería el papel del juez. Adicionalmente, si lo que se pretende es la descongestión de estos despachos, el hecho de conservar la intervención del juez podría significar la inocuidad de las medidas propuestas.

3. Conclusión

Por las consideraciones expuestas previamente, el Instituto presenta su concepto negativo frente a la iniciativa en comento, por las siguientes razones:

- La asignación de competencias a autoridades administrativas no cumple con los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional, según la interpretación que se ha dado al artículo 116 de la Carta por la Corte Constitucional, en la medida en que no se garantiza la independencia e imparcialidad, como tampoco se respeta el principio de asignación eficiente de las competencias, pues, las autoridades administrativas así como su equipo de trabajo no son equiparables con los despachos judiciales para el desarrollo de sus funciones.
- No se cuenta con un análisis del impacto fiscal que aborde las fuentes de financiación para las modificaciones salariales previstas y para la creación de los cargos de abogado sustanciador que se propone en la iniciativa.
- El proyecto de ley carece de un análisis detallado sobre las competencias actuales de las defensorías y comisarías de familia, así como las inspecciones de policía, y la mejor manera de articularlas con la propuesta planteada.
- Finalmente, existen varios aspectos de técnica legislativa que afectan la construcción del Proyecto de Ley y que impiden el dimensionamiento de las consecuencias de la propuesta.
-

Esperamos que los aportes realizados, sean de utilidad en su labor legislativa y reiteramos la disposición de este Instituto en atender las solicitudes que realicen los miembros del Honorable Congreso de la República.



LINA MARÍA ARBELÁEZ
Directora General

Aprobó: Alejandro Peláez Rojas – Director de Protección // Lina Patricia Rodríguez - Coordinadora de Autoridades Administrativas // Edgar Leonardo Bojacá Castro - Jefe Oficina Asesora Jurídica // Juan Sebastian Narvaez – Abogado contratista – Dirección General / Luisa Giraldo – Asesora de la Dirección General - **Revisó:** Juanita Isabel Bazán Aldana - CAA// Nicolás Rojas – Dirección de Protección // Paulo Realpe – Oficina Asesora Jurídica. **Proyectó:** Astrid Madeleine Sepulveda Cruz - CAA // Nicolás Rubio Parra - Oficina Asesora Jurídica.