

**NATURALEZA DEL DEFENSOR DE
FAMILIA COMO INSTITUCIÓN GARANTE
DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS
DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.
¿CONCILIADOR O JUEZ?***

**NATURE OF THE FAMILY DEFENDER AS
INSTITUTION ASSURING THE EFFECTIVENESS
OF CHILDHOOD AND TEENAGE RIGHTS.
CONCILIATOR OR JUDGE?**

*Ricardo Jiménez-Barros***

*Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2012*

Para citar este artículo / To cite this article

Jiménez-Barros, Ricardo, *Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o juez?*, 124 *Vniversitas*, 169-199 (2012)

SICI: 0041-9060(201206)61:124<169:NDFIGE>2.0.TX;2-#

* Resultado de investigación presentado como requisito para acceder al título de Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Tutoras: dra. Yadira Alarcón Palacios y dra. María De Jesús Illera Santos.

** Abogado, egresado de la Universidad Libre seccional Barranquilla, especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Cartagena, Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Actualmente se desempeña como Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dirección electrónica: ricjiba@hotmail.com.

RESUMEN

Desde la perspectiva histórica y mediante un análisis cualitativo-descriptivo se hace una revisión de las funciones que consagra la ley para el promotor curador de menores, hoy llamado defensor de familia, entrelazando las funciones que a partir de la Ley 83 del 1946 le han sido asignadas. En el paradigma de interpretación teleológico, el derecho moderno tiende a ser integral y universal en la protección de la infancia y en la defensa de la institución de la familia. A partir de la revisión de las funciones se crea un concepto del defensor de familia, el cual no ha sido expresado en la ley; se obtiene una clasificación del defensor de familia y se determina que su accionar como administrador de justicia y como ente conciliador se tiende a confundir.

Palabras clave autor: defensor de familia, infancia, conciliación, protección, restablecimiento de derechos.

ABSTRACT

From the historical perspective and by means of a qualitative-descriptive analysis a revision becomes of the functions that consecrates the Law for defending the curator-promoter of family minors today called; interlacing the functions that from Law 83 of 1946 him have been assigned. In the teleological paradigm of interpretation, the modern right tends to be integral and universal in the protection of the childhood and the defense of the institution of the family.

From the revision of the functions a concept of the family defender is created, who has not been expressed in the Law; a classification of the family defender is obtained and his is determined that to drive as justice administrator and as conciliator being tends to confuse.

Keywords author: Family Defender, Childhood, Conciliation, Protection, Reestablishment of Rights.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. EL DEFENSOR DE FAMILIA.- *A. Definición.- B. Antecedentes históricos.-* 1. Promotor curador de menores y auxiliar judicial.- 2. Defensor de menores.- 3. De defensor de menores a defensor de familia.- 4. Código de Infancia y Adolescencia.- *C. Naturaleza jurídica de las funciones del defensor de familia.- D. Funciones como administrador de justicia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos.-* 1. Asuntos conciliables.- 2. Asuntos no conciliables.- 3. Otras intervenciones de defensor de familia, en asuntos no conciliables como administrador de justicia.- *E. Funciones de carácter judicial como abogado y representante de los intereses de los niños, niñas y adolescentes.-* 1. Intervenciones dentro de la jurisdicción de familia.- 2. Intervenciones en la jurisdicción penal.- *F. Funciones administrativas a partir de su vinculación como funcionario adscrito al ICBF.-* 1. Sobre las funciones de policía señaladas en la Ley de infancia y Adolescencia. Allanamiento y rescate.- 2. Sobre los trámites de restablecimiento internacional de derechos.- COMO CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

A partir del paradigma de interpretación teleológico, el derecho moderno tiende a ser integral y universal en la protección de la infancia y en la defensa de la institución de la familia como una manera de humanizar las relaciones y proyectar una convivencia civilizada, de armonía, justicia, paz y convivencia entre los seres humanos y la naturaleza. De allí que la legislación colombiana, con base en la Constitución Política, los tratados internacionales y las diferentes leyes que rigen esta materia, amparen a la niñez, y a la adolescencia con los principios de desarrollo armónico de la niñez, igualdad de derechos, aplicación obligatoria de las leyes para la niñez, aplicación favorable de la norma, protección integral de los derechos de la infancia, interés superior en la atención a la infancia, prevalencia de los derechos de la niñez sobre los demás derechos (Ortega, 2009).

Colombia no ha sido ajena a esa evolución. Los instrumentos internacionales existentes resultaron determinantes de las políticas adoptadas en materia de reconocimiento y protección de los intereses de la niñez. A pesar de las infinitas virtudes que pueden hallarse en un niño, su edad guarda relación directa con su fuerza y habilidad física, con su madurez psicológica y con la fortaleza de su carácter, y su evolución y crecimiento son inversamente proporcionales a su vulnerabilidad e indefensión. Además, la protección de la institución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad es esencial dentro de la función del Estado, porque dependiendo de su estabilidad y bienestar puede constituirse en generadora de personas sanas, civil, moral, ética e integralmente, y a la vez ser creadora de vínculos afectivos de solidaridad familiar y social (Rojas, 2008).

Predica el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. La ley ha instituido en la administración una jurisdicción especial para la protección y restablecimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia, cuyas autoridades son los defensores de familia. El Código de Infancia y Adolescencia incorpora el ideario garantista de 1991, y desarrolla los tratados internacionales suscritos por Colombia en esta materia (Hinestrosa, 2007).

Según Miguel Rojas (2008), dentro del sistema legal colombiano el defensor de familia es la autoridad que defiende a la infancia de la irres-

ponsabilidad familiar, de los conflictos y de la incapacidad de los padres, del abuso de terceros, del marginamiento social y de las omisiones del Estado; así, el defensor de familia es la figura del Estado que interviene en nombre de la sociedad, protegiendo a la población más indefensa en procura de que como personas y como parte del conglomerado humano de la Nación disfruten de sus derechos y entren a ser ciudadanos que aporten a la convivencia armónica en sociedad. El defensor de familia es el símbolo de la protección de la institución de la familia como refugio inicial de la niñez y como célula básica de la organización social.

El defensor de familia, como cabeza del equipo interdisciplinario de la defensoría de familia, interviene en nombre de la sociedad para hacer efectivos, promulgar y defender los derechos de la infancia. Debe prescribir orientaciones tendientes al fortalecimiento de la familia, al control de la natalidad, a la prevención del maltrato, al abandono, a la explotación económica o sexual de la infancia mediante formulaciones de asesoría socio-jurídica con carácter pedagógico, dentro de acciones preventivas extrajudiciales.

En la actualidad, el defensor de familia, se constituye en el garante de la efectividad de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, ante todas las entidades públicas y privadas; es un servidor público que actúa en diferentes frentes y ejerce distintas competencias; tiene funciones de policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad, cuando decide sobre el estado civil de los niños, cuando falla sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas jurisdicciones. Es entonces el defensor de familia un servidor público con múltiples funciones ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la rama judicial y la Fiscalía General de la Nación, al tomar decisiones de intervención directa¹.

De conformidad con lo anterior, procede estudiar el análisis de la figura del defensor de familia, en el ejercicio de sus funciones como servidor público creado para conciliar o para administrar justicia.

1 Sentencia T-079 de 1993, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

I. EL DEFENSOR DE FAMILIA

A. Definición

Pese a que la ley define a la defensoría de familia, en concreto, solo cita al defensor de familia para definirlo como el responsable de esta institución interdisciplinaria. En Colombia, la doctrina ha revisado poco sobre estos organismos de apoyo a la jurisdicción de familia, en comparación a otras instituciones de derecho. En cuanto a la jurisprudencia, es poco lo que la Corte Constitucional ha pronunciado en torno a esta figura, registrándose aproximadamente 192 fallos en sus 18 años de existencia, en los que directa o indirectamente se ve involucrado el defensor de familia². Así las cosas, es el Decreto 2272 de 1989, el que describe al defensor de familia como el servidor público que se encarga de ejecutar la protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes, además de promover la integración armónica de la familia a partir de su asesoría e intervención³.

Por su parte, Eduardo García Sarmiento (1991) determina la importancia y desempeño de la función del defensor de familia como pieza clave en la jurisdicción de familia, invitando a entenderlo como un organismo de protección:

Organismos protectores del menor: Constituye un sistema de protección de los menores y señala como órgano rector al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que funge por medio del titular Defensor de Familia, quizá el funcionario administrativo que en este campo recibe mayores poderes con lo que también exige mayores deberes, y de cuya capacitación, seriedad y convicción depende el éxito o el fracaso de las normas.

El profesor Fernando Hinestrosa (2007), en el prólogo de las *Memorias del Seminario de capacitación Código de la Infancia y la Adolescencia, nuevo régimen de protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, también define a los defensores de

2 http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/jurisprudencia/juris_buscar_cortec_cont.html.

3 Decreto 2272 de 1989: Artículo 11. Defensor De Familia: El defensor de familia intervendrá en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten antes esta jurisdicción y en los que actuaba el defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público. Intervendrá también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia; sin perjuicio de la presentación legal y judicial que corresponda.

familia como “*los órganos de intervención estatal especializados para la defensa y restauración de los derechos de niños y adolescentes, y en ejercicio de sus competencias movilizan a todos los actores institucionales, públicos y privados, del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*”. Continúa comentando que es misión del defensor de familia aplicar lo consignado en el Código de Infancia y Adolescencia a los casos concretos de amenaza o vulneración de derechos, para contribuir “*(...) a la mayor eficiencia del Estado en el cuidado y protección de las futuras generaciones de colombianos*”.

El artículo 79 del Código de Infancia y Adolescencia define a las defensorías de familia, y como cabeza de ella al defensor de familia, como dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista⁴. Por ello, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF (2007) realiza en su edición comentada de la Ley 1098 de 2006, la descripción de las defensorías de familia como las autoridades competentes y expertas por excelencia para ordenar a las autoridades públicas responsables, tanto la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como su restablecimiento; han sido creadas especialmente para proteger a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones de violación a sus derechos o sería amenaza contra los mismos.

De igual manera, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en sus instructivos publicados a través de su portal web (www.icbf.gov.co), define al defensor de familia como una instancia que busca atender oportuna y eficazmente a los niños, niñas o adolescentes a quienes se han vulnerado sus derechos, para evitar secuelas traumáticas en su desarrollo. La rama judicial de Colombia, dentro del programa de capacitación sobre la implementación del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, propone al defensor de familia como el servidor público que principalmente debe velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, enfocando su acción en cuatro aspectos: prevención, protección, garantía de derechos y restablecimiento de derechos.

4 Corroborar esta definición la Sentencia de la Corte Constitucional C-149 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Recientemente, se profiere por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el “Estatuto integral del defensor de familia”, el cual pese a realizar un completo análisis histórico y una exhaustiva descripción del sinnúmero de funciones del defensor de familia, y de manera didáctica ilustrar las funciones y acciones llamadas a realizar por parte de este servidor en diferentes ámbitos, carece de una definición clara sobre quién es el defensor de familia.

En este orden de ideas, en Colombia, el defensor de familia, es el servidor público responsable de ejecutar la garantía, prevalencia, protección y prevención de los derechos de la niñez y la adolescencia, en el ámbito judicial o extrajudicial, ante la amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos, además de desarrollar las funciones jurídico-administrativas que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le tiene asignadas por ley.

B. Antecedentes históricos

1. Promotor curador de menores y auxiliar judicial

El defensor de familia, como institución garante de los derechos de la familia, niños, niñas y adolescentes, tiene una larga trayectoria evolutiva en la resolución de la problemática de la niñez, la adolescencia y la familia. En el siglo pasado, su protección se orientaba a reeducar a los menores de edad que infringían la ley penal, además de ocuparse en los niños desamparados, discapacitados y de los hijos de quienes se creía eran fruto de padres con conductas inmorales⁵.

El origen del servidor público que hoy es el defensor de familia se remonta a la Ley 83 de 1946 (llamada la Ley Orgánica del Niño), y su denominación respondió al nombre de promotor curador de menores⁶. Este funcionario era nombrado por el poder ejecutivo y se desempeñaba en el juzgado de menores, actuando dentro de los procesos penales de adolescentes en defensa de sus intereses, presentando pruebas acerca de su culpabilidad o inocencia, interviniendo en las audiencias, o pro-

5 Iván Hernández Guzmán, Proyecto de Ley 278 de 2007 de la Cámara de Representantes. Por el cual se determina la estructura de la defensoría de familia y la situación del defensor de familia.

6 Ley 83 de 1946, artículo 7: “*El Promotor-curador de Menores desempeñará en todas las actuaciones que ocurran en el Juzgado de Menores la defensa de los intereses del menor, ya presentando pruebas y razones a favor de su inocencia, o demostrativas de su culpabilidad, ya proponiendo las medidas que sean más convenientes para la salvación del menor*”.

poniendo medidas de protección para corregir su situación de abandono o de peligro moral o físico, dentro de los procesos que se adelantaban en estos juzgados.

Más adelante, el Decreto 1818 del 17 de julio 1964, crea el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y la División de Menores, adscrita al Ministerio de Justicia y cambia el nombre de la autoridad administrativa, de promotor curador de menores por el de asistente legal, quien continúa ejerciendo las mismas funciones atribuidas en disposiciones anteriores en defensa de los derechos de los niños.

2. Defensor de menores

La Ley 75 de 1968 le da mayor importancia a la atención de la niñez y a su entorno familiar, fortalece a la autoridad administrativa que venía actuando en defensa de los derechos de la niñez, al que ahora denomina defensor de menores, le concede mayor autonomía, le otorga más poderes y le amplía las competencias de índole judicial y administrativo. En el mismo sentido, crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, que se encargaría de recaudar, financiar y proyectar las políticas y las acciones preventivas y de protección a la niñez y a la familia.

La Ley 75, conocida como “Ley Cecilia” se crea para la defensa de los hijos extramatrimoniales y se le distinguió como la Ley de la Paternidad Responsable. Se complementó con otras disposiciones, de manera especial con la Ley 7 de 1979, la cual amplió las políticas y los programas del ICBF a favor de la niñez y de la familia colombiana, instituye por vez primera los derechos fundamentales de los niños dentro de nuestro sistema jurídico, y además creó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuyos fines son: a) promover la integración y realización armónica de la familia; b) proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez; c) vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, para elevar el nivel de vida de nuestra sociedad⁷. Posteriormente, estos fines son desarrollados por el Decreto Reglamentario 2388 de 1979.

7 Ley 7 de 1979, artículo 13: “*Son fines del Sistema de Bienestar familiar: a) Promover la integración y realización armónica de la familia; b) Proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez; c) Vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad*”.

Esta misma legislación, en su artículo 21, define como funciones misionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar las actividades operativas que le competen al defensor de menores. Estas funciones fueron desarrolladas en 1981 por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Resolución 773, en la que se reglamenta la protección de los menores de 18 años y la Resolución 1586, que reglamenta las actuaciones extrajudiciales de los defensores de menores y sus intervenciones ante los juzgados de menores, constituyéndose como base para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que hoy se conoce.

3. De defensor de menores a defensor de familia

Con la Ley 56 de 1988 se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para que expidiera una legislación que se encargara de consagrar los principios fundamentales que orientarían las normas de protección del menor, definiendo las situaciones irregulares bajo las cuales se encuentra un menor de edad, como también determinando la competencia y el procedimiento de las medidas que deban adoptarse con el fin de asumir la protección de los menores de 18 años. Por otra parte, esta ley facultaba para que la legislación encomendada definiera la atribución de competencias de los defensores de menores, denominándolos a partir de entonces en “defensores de familia”.

Seguidamente, y antes de crearse la legislación encomendada al ejecutivo, al crearse la jurisdicción de familia, a través del Decreto 2272 de 1989, en su artículo 11, se determina la misión general de este servidor público desde tres ámbitos: intervenir en nombre de la sociedad, defender la institución familiar y actuar en interés de los menores de edad en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de familia. En el artículo 16 de la misma norma, se extiende la competencia para definir situaciones que se presenten entre adultos en su calidad de padres, como cónyuges entre sí y entre ellos respecto a sus hijos, lo cual constituye el fundamento para que ahora se le denomine defensor de familia (Ortega, 2009).

En el mismo año se expide el Decreto 2737, denominado Código del Menor, que señala los principios rectores, los derechos de los niños, establece el procedimiento y las situaciones irregulares en las que debe intervenir el defensor de familia para protegerlos, y una vez más amplía

sus competencias. En este marco legal, por primera vez, se determinan taxativamente, en su artículo 277, las funciones del defensor de familia. Se empieza a observar entonces la evolución legislativa, y con ello el aumento progresivo en las funciones de los defensores de familia.

La Constitución Política de 1991 y la Ley 12, en la que Colombia aprueba la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se constituyen en el punto de partida del bloque de derechos y garantías para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia, signando al defensor de familia como el encargado de hacer cumplir estos derechos. En la misma anualidad, la Ley 23, que tenía como objetivo la descongestión de despachos judiciales, aumentó las funciones para el defensor de familia y le otorgó otros poderes; del mismo modo, lo han hecho sucesivamente las leyes 294 de 1996, 446 de 1998, 575 de 2000, 640 de 2001, 962 de 2005, así como el Decreto 1818 de 1998.

4. Código de Infancia y Adolescencia

Al adoptar el sistema jurídico colombiano el Código del Menor, se recogen los postulados hasta entonces proclamados a propósito de los derechos de los niños. Esta codificación pretendió que las autoridades pusieran en práctica las políticas públicas necesarias para la promoción de la niñez y arbitrar mecanismos adecuados para garantizar la protección oportuna de los derechos reconocidos a ella. El haber sido expedido coetáneamente con la aprobada convención sobre los derechos del niño, explica por qué el código del menor luciera menos elocuente que aquella, en cuanto a reconocimiento de derechos⁸.

Sin embargo, la necesidad de adecuar el Código del Menor a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispuesta en la Constitución Política y la inclusión de Colombia en el convenio internacional conocido como “Las metas del milenio”, las nuevas situaciones sociales de la infancia y la necesidad de adaptarlo a la legislación de los menores infractores a la ley penal, propician la promulgación de la Ley 1098 de noviembre de 2006, denominada “Código de la Infancia y la Adolescencia”.

El Código de la Infancia y la Adolescencia deroga en su mayoría al Código del Menor, cambia la filosofía de atención a la problemática de

8 Cámara de Representantes, Proyecto de Ley 116 de 2004. Por el cual se expide el Código de Niñez y Juventud que subroga el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor”.

la infancia y la familia, y amplía las funciones del defensor de familia. En la actualidad, se constituye en el garante de la efectividad de los derechos de las niñas, de los niños y de los adolescentes, ante todas las entidades públicas y privadas; es un servidor público, que actúa en diferentes frentes; ejerce distintas competencias; tiene funciones de policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad o cuando decide sobre el estado civil de los niños o decide sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas jurisdicciones.

Especial atención merece la función del defensor de familia cuando actúa como un “administrador de justicia” para verificar, garantizar y restablecer los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, en donde, después de protegerlos provisionalmente, debe declarar su estado de adoptabilidad y tramitar el proceso de adopción cuando la familia no puede asumir sus obligaciones o no garantiza ni su trato, ni la protección como el apoyo moral y afectivo de su descendencia. Es entonces el defensor de familia quien ejerce múltiples funciones ante la rama judicial y la Fiscalía General de la Nación, tomando decisiones de intervención directa⁹.

C. Naturaleza jurídica de las funciones del defensor de familia

De conformidad con lo anterior, es claro que la Ley 83 de 1946 otorga deberes al promotor curador de menores respecto a su intervención en los procesos de la jurisdicción civil y penal en donde se encontraran menores de 18 años. No obstante, las funciones que consagra el Decreto 1818 de 1964 al asistente legal, son de carácter administrativo, perfilándose entonces dos tipos de funcionario dentro de la defensa de los intereses de los menores de 18 años, uno en el ámbito judicial en donde acudirá para su representación, y otro como miembro de los comités seccionales de protección del menor.

⁹ Ib., 1.

Con la Ley 75 de 1968 el legislador fue agregando más funciones a este servidor público, unas en sumatoria a las ya asignadas, y otras que, aunque directamente la ley no asigna al defensor de menores debido a su carácter operativo y vinculante, son asignadas por ser funcionario adscrito al ICBF; todo esto al suprimir en Colombia los comités seccionales de protección del menor.

La Ley 7 de 1979, reglamentada a través del Decreto 2388 de 1979, atribuye al ICBF más funciones frente a la protección del menor, que ejecuta el defensor de menores por ser funcionario adscrito al instituto.

Seguidamente, la Resolución 773 de 1981, por primera vez, reglamenta la protección de los menores consagrada sustantivamente en la Ley 7 y en el Decreto 2388. Es a partir de esta resolución en donde se le otorgan facultades de administrador de justicia. Complementa esta disposición la Resolución 1586 de 1981, la cual reglamenta actuaciones extrajudiciales del defensor de menores; así entonces, se puede vislumbrar que la Resolución 773 ordena directrices respecto a lo que hoy se conoce como asuntos no conciliables y la Resolución 1586 a asuntos conciliables; estas resoluciones, en la actualidad, se encuentran reguladas por el artículo 98 del Código de Infancia y Adolescencia, desarrolladas administrativamente a través de los lineamientos técnicos del Proceso administrativo de restablecimiento de derechos, de mayo 7 de 2007, proferidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y reformados por la Resolución 3154 de agosto 4 de 2009¹⁰.

Surge entonces una particularidad, debido a que en el Decreto 2272 de 1989, se da origen a la jurisdicción de familia, que al igual que la Ley 75 de 1968, la Ley 7 del 79 y el Decreto 2388 de 1979, otorgan funciones al ICBF que el defensor de familia, por ser funcionario adscrito, debe ejecutar.

Hasta este punto, se puede ver que el defensor de familia tiene una gran misión consagrada en el artículo 11 del Decreto 2272, misión que se complementa con los deberes asignados en el artículo 7 de la Ley 83 de 1946, cuando se denominaba “promotor curador de menores”. A partir de allí se puede decir que las funciones del defensor de familia clasifican en tres tipos. La primera función es de carácter judicial, cuando en ejercicio de sus deberes ejerce la profesión de abogado en la jurisdic-

10 En la actualidad, la subdirección nacional de restablecimiento de derechos del ICBF se encuentra revisando y modificando los lineamientos técnico-administrativos, que se actualizan periódicamente en la intranet de la institución.

ción civil o la jurisdicción penal. La segunda son las que ejerce dentro de los trámites que realiza en el proceso administrativo reglamentado en la Resolución 773 para la protección del menor y en la Resolución 1586 respecto a las actuaciones extrajudiciales del defensor de menores. La tercera se refiere a las funciones que la ley otorga al ICBF, que por su carácter vinculante, corresponde desarrollar al defensor de familia.

Posteriormente se decreta el Código del Menor, como un compilador y unificador de las funciones que desarrolla el defensor de familia, pero paradójicamente en el numeral 17, de su artículo 277, abre el espectro de sus funciones. Para este momento, los lineamientos técnicos del ICBF, además de otras disposiciones, como la Resolución 1462 de 1993, dividieron las defensorías de familias en tres tipos: defensorías de familia socio-legal, que desarrollaban los asuntos conciliables y ejercían funciones de carácter administrativo; las defensorías de familia jurídicas, en las que el defensor de familia ejercía como abogado en representación del menor; y la defensoría de familia de protección, cuya labor se centraba en declarar las situaciones de abandono o peligro de acuerdo con la gravedad de las circunstancias para brindar protección debida¹¹.

A partir de este momento, debido al cambio de paradigma de interpretación de la ley, de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y la suscripción por parte de Colombia a la Convención de los Derechos del Niño, se entrevé un cambio hacia la perspectiva teleológica de la ley que, orientada a la misión del defensor de familia, da origen a un campo de acción más amplio del contemplado en el Código del Menor. La Ley 1098 de 2006, confiere esta perspectiva finalista a la legislación de infancia y adolescencia, constituyendo al defensor de familia como el funcionario llamado a restablecer, vigilar y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en caso de que se encuentren inobservados, vulnerados o amenazados.

Recientemente, mediante Resolución 652 de febrero 22 de 2011, se reglamenta el estatuto integral del defensor de familia, que tiene como objetivo armonizar los lineamientos jurídicos y técnicos que rigen la actuación de los defensores de familia, tanto en el ámbito administrativo como judicial.

11 Código del Menor, artículo 36: *“Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones”.*

A pesar de la expedición del citado estatuto, y del cambio al paradigma garantista, muestra la práctica de la costumbre en los centros zonales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que las funciones del defensor de familia siguen clasificándose en tres tipos: como administrador de justicia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, que se subdivide en las funciones que ejerce dentro de los asuntos conciliables¹², y las que ejerce dentro de los asuntos no conciliables¹³; las que ejerce de carácter judicial como abogado¹⁴, que se clasifican en las intervenciones dentro de la jurisdicción de familia y las intervenciones en la jurisdicción penal para adolescentes y las funciones administrativas que le son inherentes como funcionario adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

D. Funciones como administrador de justicia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos

1. Asuntos conciliables

Estas funciones las llevan a cabo los defensores de familia ubicados en los centros zonales. Ellos deciden sobre el restablecimiento de derechos en asuntos de familia y de infancia, mediante la “conciliación” o, en algunas oportunidades, ejerciendo facultades jurisdiccionales, tomando medidas provisionales o definitivas, realizando atención extrajudicial e iniciando acciones judiciales ante la jurisdicción de familia.

La atención extrajudicial se entiende como el conjunto de acciones socio-legales que comprenden, entre otras, la conciliación en derecho de familia, los permisos para salir del país, las solicitudes de reconocimiento de los hijos, las actividades de registro civil de menores no vinculados a un proceso de protección, la orientación e intervención a la familia en casos de conflicto familiar, y el ejercicio de las funciones

12 Antecedentes legales: Resolución 1586 de 1981, artículos 11 a 15, Decreto 2272 de 1989, artículo 16, Código del Menor, artículo 277, numeral 4, Ley 23 de 1991, artículos 47 a 51, Ley 640 de 2001, artículo 31, Código de Infancia y adolescencia, artículo 82, numerales 8, 9, 13

13 Antecedentes legales: Resolución 773 de 1981 artículos 14 a 115, Ley 7 de 1979, Decreto 2388 de 1979, Código del Menor, artículo 277, numeral 5, Código de Infancia y adolescencia, artículos 81 y 82, numerales 1, 2, 14.

14 Antecedentes legales: Ley 83 de 1946, Ley 75 de 1968, artículos 1 a 48, Resolución 1586 de 1981, artículos 35 a 58, Decreto 2272 de 1989, artículo 10, Código del menor, artículo 277, numerales 1, 2, 10, 13, 16.

de policía autorizadas al defensor de familia por el Código de Infancia y Adolescencia.

De acuerdo al artículo 35 de la Ley 640 de 2001, la conciliación debe agotarse en el plano extrajudicial; el defensor de familia debe, en caso de no ser viable, decidir el conflicto de acuerdo con la valoración de las pruebas que se alleguen y con las circunstancias de las partes, decisión que solo podrá ser revisable ante la jurisdicción o a petición del inconforme, conservando la firmeza y trascendencia.

El acuerdo que se suscita de una conciliación extrajudicial en derecho de familia, por parte del defensor de familia, así sea en el grado de provisionalidad, está llamado a garantizar el restablecimiento y garantía de los derechos del niño, y por ello debe direccionarse a obtener su protección integral. Las disposiciones propuestas según las cuales se acude ante la jurisdicción de familia a petición de la parte inconforme en la parte de alimentos, custodia, visitas y demás asuntos conciliables, constituye otra función que compete al defensor de familia, que es quien promueve la pertinente actuación administrativa-judicial, y así convierte a la conciliación realizada por el defensor de familia en una pequeña audiencia judicial, similar a la que se realiza dentro de un proceso verbal sumario ante la jurisdicción de familia¹⁵.

Las facultades que tiene el defensor de familia, al ejercer cualidades judiciales, en caso de no generarse acuerdo, las soporta el artículo 116 de la Constitución Política¹⁶, el cual establece quiénes están facultados para administrar justicia en el país además de la rama judicial, por lo que el defensor de familia, debido a su naturaleza garantista, es investido con la función de administrar justicia, habilitado para levantar actas, o proferir resoluciones en derecho en los términos que determine la ley.

Cabe anotar que una conciliación extrajudicial en derecho de familia no llevada de manera integral por el equipo interdisciplinario de defensoría de familia hace que sea alto el índice de usuarios que no resuelven sus conflictos en la instancia prejudicial, o que si bien se logra levantar acta de conciliación, la reincidencia para el incumplimiento sea alarmante. Por ello, la conciliación realizada por el defensor de familia,

15 Artículo 101, Código de Procedimiento Civil. Artículos 99 a 102, Código de la Infancia y la Adolescencia.

16 Artículo 116 C.N. inciso 2º: “(...) Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios, ni juzgar delitos (...)”.

pese a no cumplir con el principios de imparcialidad¹⁷, se perfila como el mecanismo alternativo para la solución de conflictos, que debe constituir la generación de acuerdos que consulten la realidad de las partes y la necesidad de obtener una pronta decisión en su litigio.

En el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, taxativamente se nombran los asuntos que requieren agotar la conciliación como requisito de procedibilidad en materia de familia. En sumatoria, el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, contempla las funciones que ejerce el defensor de familia dentro de los asuntos conciliables, las cuales se refieren a 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 y, en caso de no lograr conciliación, fijar cuota provisional de alimentos.

Las funciones en asuntos conciliables del defensor de familia, que se refieren a 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; 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, quedan en cabeza de los comisarios de familia, de acuerdo a lo contemplado en los artículos 7 y 8 del Decreto 4048 de 2007, como también lo concerniente a los asuntos de violencia intrafamiliar cuando no sea víctima un niño, niña o adolescente.

2. Asuntos no conciliables

La función en asuntos no conciliables del defensor de familia, es ejercida cuando, al igual que en asuntos de naturaleza conciliable, desarrolla lo descrito en el artículo 96 y siguientes del Código de Infancia y Ado-

17 Este principio no lo puede cumplir el defensor de familia, porque no es un tercero imparcial. Debido a sus funciones, está llamado a formar parte del conflicto como un representante de los intereses del niño, niña o adolescentes, y como tal toma decisiones, ordenando pruebas y fallando respecto al conflicto.

lescencia, mediante un proceso administrativo de restablecimiento de derechos. El defensor de familia, da desarrollo a sus facultades jurisdiccionales, y mediante la imposición de medidas resuelve los asuntos de niños, niñas o adolescentes que están en problemas de afectación, inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos, otrora, niños en situación irregular, peligro o abandono.

Son funciones no conciliables del defensor de familia: adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes, cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza, y adoptar las medidas de restablecimiento establecidas para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.¹⁸

3. Otras intervenciones de defensor de familia, en asuntos no conciliables como administrador de justicia

Como avance importante de las funciones del defensor de familia, puede considerarse la descrita en el numeral 19 del artículo 82 del Código de Infancia y Adolescencia, relacionada con la solicitud de la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia.

Por otra parte, con la Ley 1306 de 2009 el Estado colombiano le dio relevancia a la población discapacitada, al llenar un vacío normativo ante esta población que padece de necesidades afectivas, materiales y de atención en salud. Corresponde entonces, por mandato de la ley, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del defensor de familia, prestar asistencia personal y jurídica a las personas que sufran discapacidad mental de cualquier edad. Conciernen al defensor de familia tomar las medidas administrativas de restablecimiento de

18 Código de Infancia y Adolescencia, artículo 82, numerales 1 y 2.

derechos e interponer las acciones judiciales pertinentes, en los casos de discapacidad mental absoluta.

En esta nueva ley, al defensor de familia le corresponde ser informado sobre el cambio de residencia de una persona con discapacidad mental; tiene el deber de provocar la interdicción de la persona adulta con discapacidad mental absoluta; puede solicitar la interdicción del adolescente con discapacidad mental absoluta, una vez este haya llegado a la pubertad y antes de que llegue a la mayoría de edad, para mantenerlo como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad al cumplimiento de la mayoría de edad. El defensor de familia podrá exigir la presentación de cuentas e informes anuales a los curadores que imponga el juez de familia dentro del proceso; además, podrá provocar el nombramiento de administrador a los parientes obligados a promover la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta.

E. Funciones de carácter judicial como abogado y representante de los intereses de los niños, niñas y adolescentes

1. Intervenciones dentro de la jurisdicción de familia

Las funciones de carácter judicial desarrolladas por el defensor de familia adscrito a los juzgados de familia son actividades destinadas a garantizar los derechos de los niños y niñas en asuntos de su competencia, tales como demandas de alimentos; custodias y cuidado personal; regulación de visitas; citación judicial para reconocimientos de hijos extramatrimoniales; impugnación e investigación de la maternidad o paternidad legítima; suspensión, pérdida o rehabilitación de la patria potestad; proceso de guarda; permisos para salir del país; homologación de la declaratoria de abandono y otros.

El defensor de familia cumple funciones como abogado, al intervenir e impulsar los procesos iniciados por los defensores de familia de los centros zonales que se tramitan ante la jurisdicción de familia, especialmente cuando en la litis hay menores de edad. Estos defensores de familia actúan sin contar con equipo interdisciplinario.

Además, son funciones del defensor de familia adscrito a los juzgados de familia, promover e intervenir en los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los

adolescentes, y en los que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar. También, está llamado a obtener de los jueces competentes, el reconocimiento de los derechos previstos por la ley en beneficio del menor y la familia¹⁹. De igual manera, orienta y asesora a los usuarios en los procesos adelantados, prepara, elabora y tramita demandas, e interviene en diligencias en los procesos de la jurisdicción de familia en representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Francisco Ortega (2009) conceptúa que los defensores de familia al prestar sus servicios en los juzgados de familia no dictan fallos ni resuelven conflictos mediante resoluciones administrativas; en cambio, notifican de autos y sentencias, emiten conceptos, solicitan pruebas, alegan, verifican el ejercicio de los derechos de los menores de edad, velan por la aplicación de los principios de favorabilidad, de interés superior y de prevalencia de sus derechos, interponen recursos, objetan fallos, apelan, entrevistan a los menores de edad y ofician ante diferentes entidades. En conclusión, intervienen dentro de los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción cuando hay un menor de edad.

Bajo estas circunstancias, el juez de familia es el responsable del proceso, profiere las providencias de impulso y las decisiones definitivas; por su parte, el defensor de familia se constituye en garante del desarrollo del debido proceso, de tal manera que se garantice el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones entre los padres, así como frente a sus hijos, y de estos hacia sus padres (Ortega, 2009).

Algunas funciones del defensor de familia adscrito a un despacho judicial de la jurisdicción de familia no están expresamente definidas en la ley; simplemente se enuncian. Algunas disposiciones están contemplada en: Ley 83 de 1946, Ley 75 de 1968, Resolución 1586 de 1981, Decreto 2272 de 1989, el Código del Menor y la Ley de Infancia y Adolescencia.

2. Intervenciones en la jurisdicción penal.

Intervención dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes

En el ámbito de la jurisdicción penal, los defensores de familia adscritos a los Centros de Servicios Judiciales para Adolescentes (CESPA), tie-

¹⁹ Código de Infancia y adolescencia, artículo 83, numeral 11.

nen como función acompañar en todas las actuaciones de los procesos judiciales a los jóvenes menores de 18 y mayores de 14 años que han cometido delitos, para verificar la garantía de la efectividad de sus derechos al momento de su vinculación al proceso penal para adolescentes. El defensor de familia asesora, orienta a la familia, emite conceptos e interpone recursos ante las diferentes autoridades que actúan en el desarrollo de estos procesos, procurando siempre que las medidas que se impongan sean con fines pedagógicos y de protección, que garanticen la justicia restaurativa, la verdad y la reparación para su reincorporación a la familia y la sociedad en condiciones normales.

Las funciones anteriores se encuentran descritas en el Libro 2 del Código de Infancia y Adolescencia (Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes); no obstante, los lineamientos técnicos proferidos por el ICBF para la atención del adolescente en el Sistema de Responsabilidad Penal, aprobado por la Resolución 400 de 2007, describen para este caso las funciones del defensor de familia como las asignadas por la ley, dirigidas principalmente a velar por el interés superior de los adolescentes, así como su protección integral enfocada a acciones de promoción, protección, garantía y restablecimiento de derechos.

En el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, el defensor de familia es garante de derechos del adolescente y le asiste la obligación expresa consagrada en el artículo 146 del Código de la Infancia y la Adolescencia: *“En todas las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio, el adolescente deberá estar acompañado por el Defensor de Familia, quien verificará la garantía de los derechos del adolescente”*.

El defensor de familia aparece como un interviniente más dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes, cumple con roles específicos y simultáneamente interviene en el ámbito de la prevención, protección, garantía y restablecimiento de derechos de los adolescentes; actúa pre-judicialmente, dentro de las diligencias que adelanta la Policía de Infancia y Adolescencia y la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales para Adolescentes; tiene la obligación de garantizar los derechos del adolescente que presuntamente cometió hecho punible. En las mencionadas diligencias deberá verificar que no se vulneren sus derechos.

El restablecimiento de derechos se concreta a través de la aplicación de las medidas establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, las cuales deben adoptarse a través del procedimiento administrativo

establecido en el artículo 96 y siguientes de la misma disposición legal; pero tratándose de un adolescente sujeto activo de su Sistema de Responsabilidad Penal, tales medidas solo pueden hacerse efectivas siempre y cuando sean compatibles con las que se apliquen con motivo de la actuación que se lleve a cabo por la comisión de un delito.

Considera Ortega Ruales (2009) que las medidas de restablecimiento de derechos y protección para los adolescentes que han cometido delitos deben estar encaminadas a garantizar su rehabilitación psicológica. Para obtener su reeducación, al adolescente se le debe ofrecer la opción de educación y capacitación para habilitarlo a la oferta laboral, toda vez que si no tiene otra opción que la de regresar a su medio familiar, generalmente disfuncional y en condiciones de pobreza, se propicia el que continúe con su carrera delictiva.

Al hacer un análisis del componente preventivo de la Ley de Infancia y de la Adolescencia se puede concluir que no responden al componente de medidas preventivas contempladas en las Directrices de Riad²⁰; en estas directrices, el proceso de socialización incluye el trabajo con la familia, el proceso educativo, la comunidad, los medios de comunicación, la política social, lo concerniente a la legislación y administración de la justicia de menores y la investigación y formulación de normas.

F. Funciones administrativas a partir de su vinculación como funcionario adscrito al ICBF

Las funciones administrativas del defensor de familia como servidor público adscrito al ICBF son: emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando aprueba el acuerdo suscrito en los divorcios notariales por mutuo acuerdo en los casos que comprometan menores de edad, de acuerdo a lo descrito en la Ley 906 de 2005; ejercer las funciones de policía señaladas en la Ley de Infancia y Adolescencia; conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, iniciando el proceso administrativo en caso de desconocer el domicilio de alguno de los padres; citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el

20 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil.

Además, le corresponde al defensor de familia autorizar la adopción en los casos previstos en la ley. Existe en cada una de las regionales un defensor de familia que realiza la revisión de los trámites administrativos del proceso de adopción. El comité de adopciones de la respectiva regional, de la cual hace parte el defensor de familia, es el ente encargado de definir si existe integración entre adoptante y adoptado. Además, verifica los requisitos de idoneidad física, mental, social y moral para la adopción de niños, niñas y adolescentes que se han solicitado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Finalmente, asesora y orienta a la sociedad y en general a la comunidad en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.

1. Sobre las funciones de policía señaladas en la Ley de infancia y Adolescencia. Allanamiento y rescate

La figura del allanamiento con fines de rescate regulado por los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, se inscribe dentro de la protección del interés superior del menor, y en esa medida fue establecida como una medida de naturaleza preventiva, cautelar, orientada a proteger la vida o integridad personal del menor de edad que se encuentre en una situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal, pero en virtud de que solo un peligro grave y una necesidad imperiosa autorizan el régimen excepcional bajo el cual ciertas autoridades administrativas pueden realizar allanamientos; la decisión del defensor de familia o del comisario para allanar un domicilio con el fin de rescatar a un menor no puede quedar al arbitrio del defensor o comisario de familia, pues transformaría la figura excepcional del allanamiento administrativo con fines de rescate por parte de las autoridades de familia en una regla de aplicación general y abre la puerta a la arbitrariedad.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-256 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), realiza un profundo análisis sobre la función policiva taxativa en el Código de Infancia y Adolescencia, como lo es el allanamiento y rescate, disposición expresada en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006. Describe la jurisprudencia que para que pueda ser interpretado de forma sistemática este artículo, es menester examinar la forma como el legislador define e insta a valorar

las “circunstancias” y las expresiones como “indicios”, “situación de peligro”; y la frase “la urgencia del caso lo demande”, contenida en el numeral 6, artículo 86 de la Ley 1098 de 2006, el cual regula la facultad de rescate asignada al defensor de familia.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible distinguir tres circunstancias graves que darían lugar al ingreso de los defensores de familia a un domicilio ajeno para rescatar a un menor de edad en una situación de peligro que amenace su vida o integridad personal: 1) en eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; 2) cuando el menor solicite auxilio y 3) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva. En las dos primeras circunstancias se estaría ante hechos que objetivamente muestran que la vida del menor o su integridad personal están ante una situación de peligro grave para su vida o integridad, y frente a las cuales la intervención de las autoridades de familia es urgente y necesaria, por lo que el medio escogido, el ingreso al domicilio ajeno, resulta no solo idóneo, sino además necesario para la protección de la vida y la integridad del menor. Además, el ingreso se circunscribe al objetivo específico del rescate y no puede desviarse hacia otra finalidad, ni extenderse más allá del tiempo estrictamente indispensable para rescatar al menor, por lo que no resulta desproporcionada la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio ante el mayor peso que constitucionalmente tiene asegurar la protección efectiva y oportuna del menor en peligro.

Respecto a la tercera circunstancia, no se está ante un elemento externo, objetivamente valorable, sino ante un hecho que llega a conocimiento de las autoridades por denuncias de terceros, cuya seriedad y credibilidad deben ser examinadas antes de proceder al allanamiento con fines de rescate y con miras a darle prelación a la finalidad de protección del menor, así como a la primacía de los derechos de los niños como criterio para evaluar la necesidad de la medida de allanamiento con fines de rescate, el defensor de familia deberá evaluar si ante la seriedad de los indicios presentados y la urgencia de protección por el peligro para la vida, o la integridad del niño, niña o adolescente, informa al fiscal sobre la posible comisión de un delito en contra de un menor, de tal forma que puedan actuar de manera armónica —y dentro del respectivo ámbito de sus competencias— durante el allanamiento con fines de rescate, o si dada la magnitud del peligro que se deduce

razonablemente de los indicios presentados decide proteger de manera urgente la vida e integridad del menor, realizar el rescate con fines exclusivamente preventivos. Esto otorga otra carga de responsabilidad al defensor de familia, toda vez que obliga a realizar una valoración juiciosa de la situación de peligro, e indicios serios sobre la existencia y gravedad del peligro, a la luz de las reglas civiles. También es indispensable que dicha valoración sea plasmada por escrito, con el fin de facilitar el control posterior de esa valoración y del procedimiento seguido durante el allanamiento.

2. Sobre los trámites de restablecimiento internacional de derechos

Existe para la realización de estos trámites un defensor de familia adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual orienta sus funciones básicamente en tres asuntos: 1) trámite de solicitud de restitución internacional, en el que se da aplicación del Convenio de La Haya de 1980, “Sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, aprobado por Ley 173 de 1994; 2) trámite de solicitud de alimentos, en el marco de la “Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero”, suscrito en Nueva York el 20 de junio de 1956 y 3) trámites consulares; los cuales consisten en las gestiones que se realizan por parte de las diferentes instituciones para la garantía y el restablecimiento de los derechos de la niñez y la familia, cuando no existe para su solución un instrumento internacional que se ocupe del tema y se gestiona por medio de exhortos a través de los consulados de los países extranjeros en Colombia o de los consulados de Colombia en territorio extranjero.

COMO CONCLUSIÓN

A través de la reseña histórica presentada y de la descripción de las múltiples asignaciones que debe cumplir el defensor de familia como administrador de justicia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en asuntos conciliables y no conciliables y como abogado con acciones dentro de la jurisdicción de familia y el sistema penal de responsabilidad para adolescentes puede apreciarse que en la práctica, debido a la falta de claridad respecto a la naturaleza jurídica del defensor de familia, sus funciones se confunden entre el

accionar como administrador de justicia y como ente conciliador. Esta situación tiene implicaciones en la eficiencia y eficacia de la garantía que le corresponde cumplir, debido a la importancia que tiene dentro del sistema jurídico-legal colombiano.

A partir de la creación del ICBF, la ley le ha asignado funciones para promover la integración y realización armónica de la familia, proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez, vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, con el propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad. Sin embargo, es perceptible la situación de ineficacia en el desempeño de las funciones del defensor de familia, debido a la multiplicidad de sus funciones y a la falta de definición de las características propias del accionar del defensor de familia.

El ICBF, por intermedio del defensor de familia y su equipo interdisciplinario, ha pretendido proyectarse hacia la construcción de los principios morales, éticos y sociales de la institución familiar, para prevenir todos los males que hoy la aquejan, producto de la ignorancia, la pobreza y la marginalidad producida por el Estado, pero a este nivel no ha podido llegar porque la problemática por atender es inmensa y la infraestructura y los recursos logísticos y humanos no son suficientes (Ortega, 2009).

En la actualidad, en nuestro medio el defensor de familia no goza de completa credibilidad y prestigio laboral, probablemente debido a que sus múltiples funciones le inducen a un ejercicio deficiente que no hace cobertura a la amplia gama de responsabilidades que le ha asignado la ley y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El defensor de familia, entonces, está llamado a ser un servidor público polifacético que actúe en diferentes frentes y que ejerce distintas competencias para amparar los derechos fundamentales de la infancia.

Con base en la revisión realizada es importante resaltar que el defensor de familia tiene los mismos deberes²¹, más funciones y responsabilidades que el juez de familia y no cuenta con colaboradores para el desarrollo de sus funciones. Es ideal es que el defensor de familia ejerza verdaderamente la administración de justicia que por ley tiene

21 El artículo 81 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual describe los deberes del defensor de familia, es transcripción del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, el cual describe los deberes del juez.

encomendada²² y que lo haga de manera asertiva con el fin de evitar la congestión de despachos judiciales y restablecer de manera eficaz los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Se puede observar dificultad al realizar algún tipo de interpretación jurídica, debido a que el vacío que otorga la ley por la falta de denominación de los actos administrativos que debe proferir la autoridad competente, hacen que al interpretar el estudiar el proceso administrativo descrito en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, denote carencia del elemento lógico de interpretación de la ley, pudiéndose suscitar confusión con la providencia descrita en el artículo 99 de la citada normativa, toda vez que tienen los mismos efectos jurídicos dentro del mismo proceso, lo cual denota falta de hermenéutica jurídica por parte del legislador, creando incoherencia con el procedimiento conciliatorio llamado a realizar por el defensor de familia.

Lo anterior permite afirmar que la conciliación extrajudicial en materia de familia que realiza el defensor de familia no se encuentra contemplada en la ley colombiana como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, debido a que es diferente a las que realizan los demás conciliadores en derecho de familia enunciados en la ley, toda vez que se encuentra subsumida en un proceso administrativo; comparándose primordialmente con la mediación (familiar), o con un proceso verbal sumario, antes que con la conciliación. Este procedimiento podría tomarse como la puerta de entrada al sistema de juzgamiento oral en materia de familia, metodología que se encuentra como piloto en esta jurisdicción.

Está claro entonces que preguntarse si el defensor de familia es conciliador o es juez sería limitar su campo de acción y no tener en cuenta funciones para las cuales ha sido asignado. Con el devenir legal, se percibe que este funcionario no ha perdido su esencia como representante de los intereses de los menores de edad, pero al responsabilizarse de sus múltiples funciones parece perder este sentido.

22 Ib., 19.

BIBLIOGRAFÍA

- M. Arias Londoño, *La conciliación en Derecho de familia*, Legis, Bogotá, (2002).
- N. Belloso Martín, *Formas alternativas de resolución de conflictos, experiencias latinoamericanas* Seqüencia, 48, pp. 173-207 (2004).
- J. H. Bolaños Muñoz, *La conciliación, una alternativa para la paz*. Editorial Artes graficas del Valle, Cali (2002).
- J. D. Corredor Espitia, *Conflictos en el Derecho de familia y su vivencia en la práctica judicial*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C. (2008).
- E. Cuevas Cuevas, *La conciliación. XXII Congreso de Derecho Procesal, Universidad Libre*, Bogotá (2001).
- L. D. Durán Acuña, *Estatuto legal de la familia y el menor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2000).
- L. Galvis Ortiz, *La familia, una prioridad olvidada*. Ediciones Aurora, Bogotá (2001)..
- E. García Sarmiento, *La jurisdicción de familia y alimentos*, Librería editorial el foro de la justicia, Bogotá (1991).
- I. D. Hernández Guzmán, Proyecto de Ley 278 de 2007 -Cámara de Representantes-, Bogotá (20 de julio de 2007).
- Ministerio de Justicia y del Derecho, *La conciliación*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá (1992).
- Ministerio de Justicia y del Derecho *La conciliación en el derecho de familia*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá (1998).
- Ministerio del Interior y de Justicia, *Guía institucional de conciliación en familia*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá (2007).
- Alcides Morales Acacio, *La adopción en derecho de familia*, Leyer, Bogotá (2009).
- F. E. Ortega Ruales, *Como hacer eficaz el derecho para a niñez y la familia*, Top graf publicidad, Bogotá (2009).
- Lisa Parkinson, *Mediación familiar*, Editorial Gedisa S.A., Barcelona (2006).
- Aroldo W. Quiroz Monsalvo, *Manual Derecho de infancia y adolescencia*, Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá (2009).
- M. E. Rojas Gómez, *Restablecimiento de derechos de la infancia*. Temis/Universidad de los Andes, Bogotá (2008).
- H. J. Romero Díaz *La conciliación judicial y extrajudicial*, Legis, Bogotá (2006).
- N. A. Sierra Rincón, *La conciliación en familia*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá (2003).
- M. Silva Pertuz, *Una mirada académica e institucional sobre la familia*. Brocal: Revista de las ciencias humanas y de la salud, 86-92 (2003).
- C. E. Tejeiro López, *Teoría general de niñez y adolescencia*, Temis/Universidad de los Andes, Bogotá (2005).

F. Varela, *Historia de los métodos alternativos de resolución de conflictos* (2006). Disponible en <http://www.florenciovarela.gov.ar/Institucional/resolucionalternativa/capacitaciondocente/tema11.doc>. Recuperado: junio de 2009.

Leyes

- Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 03 de 2002. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 83 de 1946. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 75 de 1968. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 7 de 1979. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 56 de 1988. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 9 de 1989. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 12 de 1991. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1991. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 294 de 1996. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 446 de 1998. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 575 de 2000. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 640 de 2001. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 745 de 2002. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 796 de 2002. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 962 de 2005. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1098 de 2006 -Código de la infancia y la Adolescencia-. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1306 de 2009. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 1818 de 1964. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 1260 de 1970. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decretos 1400 y 2019 de 1970 -Código de procedimiento civil-. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 2388 de 1979. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 2272 de 1989. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 652 de 2002. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 4436 de 2005. Bogotá, Colombia.

Resoluciones

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Resolución 773 de 1981. Bogotá, Colombia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Resolución 1586 de 1981. Bogotá, Colombia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Resolución 1462 de 1993. Bogotá, Colombia.
- Fiscalía General de la Nación. Resolución 0-3022 del 23 de mayo de 2008. Bogotá, Colombia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Resolución 652 de 2011, Estatuto integral del Defensor de familia.

Jurisprudencia Corte Constitucional

- Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 893 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-917 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional. Sentencia T-808 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia C-712 de 2008. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 149 de 2009. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Jurisprudencia Corte Suprema De Justicia

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Junio 9 de 1994. Sala de Casación Civil. Exp.1323. M.P.: Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Julio 27 de 1995. M.P. Rafael Romero Sierra.

Lineamientos técnicos

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Marzo 8 de 2007). Lineamientos técnicos administrativos la atención del adolescente en el sistema de responsabilidad penal en Colombia. Documento ICBF No. LM06.PN13. Bogotá, Colombia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Mayo 7 de 2007). Lineamientos técnicos Proceso administrativo de Restablecimiento de derechos. Documento ICBF No. LM11.PBN13. Bogotá, Colombia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Septiembre 28 de 2007). Lineamientos técnicos para la inclusión y atención a la familia. Documento ICBF No. L02.PE02. Bogotá, Colombia.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Mayo 29 de 2008). Lineamientos técnicos para garantizar los derechos a los niños, las niñas y los adolescentes en situación de discapacidad. Documento ICBF No. LM07.PE02. Bogotá, Colombia.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Julio de 2010). Lineamientos técnicos administrativos de atención a víctimas de violencia sexual. Versión preliminar 09. Bogotá. Colombia.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Diciembre 27 de 2010). Lineamientos técnico administrativos de ruta de actuaciones y modelo de atención para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados. Documento ICBF No. Lm04. pm03. Bogotá. Colombia.

