



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO

**EL DEFENSOR DE FAMILIA: LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EXCEPCIONAL Y
LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE SUS FUNCIONES**

ÁREA: DERECHO PÚBLICO

ELKIN DANILO CASTRO MORENO

Código 2179984

Tutor:

CARLOS ALBERTO CÁRDENAS SIERRA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

BOGOTÁ, AGOSTO 25 DE 2018

Contenido

INTRODUCCIÓN	4
1. Antecedentes Jurídicos del Defensor de Familia	14
1.1. El Defensor de Familia en el Estado de Derecho.	14
1.1.1. El Defensor de Familia como Promotor Curador de Menores.....	17
1.1.2. El Defensor de Familia como Asistente Legal.....	18
1.1.3. El Defensor de Familia como Defensor de Menores.....	19
1.1.4. El Defensor de Familia	19
1.2. El Defensor de Familia en el Estado Social de Derecho.....	22
1.3. Naturaleza Jurídica del Defensor de Familia.....	35
1.3.1. Los niños, niñas y adolescentes su protección, garantía y restablecimiento de sus derechos	40
2. Función Pública del Defensor de Familia.....	46
2.1. Función Administrativa.....	48
2.2. Función sancionadora.	54
2.3. Función de policía.	60
2.3.1. Función conciliatoria.....	67
2.4. Función Jurisdiccional Excepcional del Defensor de Familia.	70
2.4.1. La Función jurisdiccional como actividad del Estado.....	73
2.4.2. Principio de Excepcionalidad.	76
2.4.3. Características del Ejercicio de la Función Jurisdiccional por Autoridades Administrativas.....	82
2.4.3.1. Rasgos de la Función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia.....	85
2.4.4. Algunas Decisiones Administrativos no Susceptibles de Control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo	113
3. Omisión Legislativa	117
3.1. Omisión Legislativa de tipo Absoluto	118
3.2. Omisión Legislativa Relativa	119
3.3. Omisión legislativa relativa y la función jurisdiccional excepcional del	121
Conclusiones	124
Referencias.....	126

TÍTULO.

**EL DEFENSOR DE FAMILIA: LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EXCEPCIONAL Y
LA OMISIÓN LEGISLATIVA EN EL ÁMBITO DE SUS FUNCIONES**

INTRODUCCIÓN

El fin último del presente trabajo es el de aportar al estudio del derecho de la infancia y la adolescencia, centrando la atención en la función pública del Defensor de Familia, como primera instancia se realiza una revisión de la evolución de la figura del Defensor de Familia desde el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, evidenciando un claro incremento en el ámbito de competencias y por lo tanto una ampliación en el carácter de su función. Este despliegue de competencias atribuidas a dicha autoridad, conllevan a indagar específicamente sobre sus funciones, por lo que seguidamente, se propone un análisis del ordenamiento jurídico en el marco de la función del Defensor de Familia, estableciendo una diferenciación entre el ejercicio de la función administrativa, la función de policía, la función conciliatoria, y la función sancionadora; e identificando que el Defensor de Familia dentro de su labor cumple con una función jurisdiccional excepcional, que actualmente presenta una omisión legislativa relativa.

El Estado Colombiano por mandato constitucional, ejecuta su actividad Estatal a través de la función pública la cual se especializa en tres corrientes fundamentales, la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional. Las ramas del poder público que se conocen tradicionalmente son las titulares del ejercicio de cada una de estas funciones, las cuales de una manera equilibrada permiten alcanzar los fines del Estado; sin embargo, la misma Constitución ha establecido el principio de la colaboración armónica entre las ramas del poder para lograr esos fines. Dicho principio encuentra fundamento en el valor de la solidaridad, en este caso institucional, permitiendo que las funciones puedan ejecutarse por autoridades diferentes a las de

la rama del poder público titular de la función, justamente para cualificar la actividad Estatal que permita alcanzar sus fines.

Dentro de la rama ejecutiva del poder Estatal se encuentra un establecimiento público denominado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), donde actualmente está adscrita la autoridad administrativa denominada Defensor de Familia, que se encarga por mandato del legislador; de promover, restablecer y garantizar los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes, por medio de trámites administrativos especiales, diseñados para este propósito.

El procedimiento administrativo de investigación para el restablecimiento de derechos es uno de esos trámites, el cual fue diseñado por el legislador como medio para la restauración de la dignidad e integridad de los menores de dieciocho años como sujetos de derechos y de su capacidad para el ejercicio efectivo de los mismos. En el desarrollo de dicha actuación administrativa especial, el Defensor de Familia cuenta con un número de funciones públicas encaminadas a la prevención, protección, garantía y restablecimiento de derechos, las cuales se concretan con actuaciones administrativas y de policía que les corresponden como integrante del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), con acciones judiciales, administrativas, civiles las cuales le permiten guardar identidad como tal. Es destacable que en el ejercicio de dicho procedimiento, la colaboración armónica del Defensor de Familia con la Administración de Justicia es necesaria; esta competencia excepcional conjunta entre el Defensor de Familia y el Juez de Familia tiene origen en la desconcentración de la función judicial que con fundamento constitucional el legislador atribuye a una autoridad administrativa al habilitarla, calificarla y

elevarla como autoridad competente para desarrollar una actividad propia de las autoridades judiciales, por lo anterior, es posible afirmar que al estar articulado con la Administración de Justicia, el Defensor de Familia a la luz del artículo 116 de la Constitución Política cumple una función jurisdiccional excepcional.

En ese orden de ideas, se hace necesaria la profundización en el carácter de las funciones del Defensor de Familia, puesto que, si gozan de características propias de la función jurisdiccional excepcional, estas deben estar sustentadas bajo un marco legal que las formalice, de lo contrario se podría afirmar que existe una omisión legislativa, figura diseñada por la Corte Constitucional en su misión de proteger y salvaguardar la integridad de la norma de normas.

Una de las problemáticas que surgen si se comprueba la existencia de dicho vacío parcial en la ley, es la dificultad en el ejercicio práctico de la actividad pública del Defensor de Familia, ya que es preciso que el legislador sea explícito al momento de asignar funciones judiciales a esta autoridad administrativa para establecer su situación ante la administración pública, esto con el fin de despejar cualquier elemento que indique subordinación en su actividad como operador jurídico y que comprometa la finalidad de quien ejerce una actividad judicial excepcional.

Teniendo en cuenta que la finalidad del ordenamiento jurídico debe ser la protección de la infancia y la adolescencia, la falta de reconocimiento legal del alcance jurisdiccional del Defensor de Familia constituye un desajuste en la garantía de los derechos de los menores de dieciocho años, puesto que se presenta dificultad al garantizar seguridad jurídica en los procesos

de investigación para el restablecimiento de derechos, para las partes, operadores jurídicos, involucrados e intervinientes en los procesos.

Adicional, encontramos que desde los estudios académicos recientes, es evidente la poca producción con relación al derecho de la infancia y la adolescencia, al procedimiento administrativo especial, a la naturaleza jurídica de las decisiones proferidas por las autoridades administrativas de restablecimiento de derechos, y principalmente al objeto de estudio del presente trabajo, esto es, de la función pública del Defensor de Familia, tema que requiere de total atención y profundización debido a la complejidad en el carácter de sus competencias, lo cual amerita debate académico y expresa atención por parte de la autoridad legislativa.

Por todo lo anterior, la principal preocupación del presente trabajo es la de esclarecer si la función del Defensor de Familia se encuentra regulada legislativamente en todas sus dimensiones y competencias, identificando que posiblemente abarca la función jurisdiccional, en consecuencia, la pregunta problematizadora se formula de la siguiente manera:

¿El Defensor de Familia ejerce función pública jurisdiccional sin pleno desarrollo legislativo?

Teniendo en cuenta la clara articulación del Defensor de Familia con la Autoridad Judicial, en el marco de la cooperación armónica entre ramas del poder público, el presente estudio contempla la posibilidad de que las funciones de dicha autoridad abarquen la función

jurisdiccional excepcional, y que a su vez esta no se encuentre regulada legislativamente, incurriendo en una omisión legislativa; dichas premisas, servirán como base argumentativa de la hipótesis del presente estudio que se señala a continuación.

En el marco histórico de la figura del defensor de familia, es evidente la ampliación progresiva de sus competencias, y la adquisición de diferentes tipos de funciones, a tal punto, que en el trámite administrativo de investigación para el restablecimiento de derechos, ejerce una función pública compartida con la Administración de la Justicia, representado por el Juez de Familia, por consecuencia, desarrolla algunas tareas que gozan de características que se desmarcan de la función pública tradicional de una autoridad administrativa y se encausan en el ejercicio práctico de un operador del derecho con función jurisdiccional excepcional, donde justamente, la ausencia de una forma dispositiva que así lo señale, origina una omisión legislativa de tipo relativo.

Con el propósito de establecer una ruta metodológica coherente y pertinente para la resolución de la pregunta problematizadora y la comprobación o rechazo de la hipótesis planteada, se formula a continuación el objetivo general del estudio.

Determinar la función judicial del Defensor de Familia en el marco del déficit legislativo dentro de sus funciones públicas.

Así mismo se trazan unos objetivos específicos que permiten explorar cada uno de los propósitos previstos, los cuales fueron ordenados siguiendo un paso a paso ascendente y amplificador, donde el desarrollo del primero constituye un refuerzo o llave de ingreso para la comprensión del siguiente.

- Conocer los antecedentes históricos del Defensor de Familia a partir del Estado Liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho.
- Analizar la naturaleza jurídica del Defensor de Familia.
- Identificar la función pública del Defensor de Familia desde la función administrativa y la función jurisdiccional excepcional
- Establecer los tipos de omisión legislativa y la omisión legislativa relativa en la función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia

La ruta metodológica que se propone para abordar la temática del presente estudio, resulta ser de carácter cualitativa y busca estructurar un orden técnicamente coherente, con el fin de establecer las funciones públicas del Defensor de Familia a partir de la interpretación del marco jurídico que lo regula.

Interpretar en el sentido estricto se puede definir como la comprensión de expresiones lingüísticas (Huerta Ochoa, 2008), que según (Gadamer, 2005) debe trascender la comprensión para llegar a instancias de entendimiento, lo cual es la base de la hermenéutica, esta, a su vez, puede ser definida como lo plantea (Dueñas, Lecciones de Hermenéutica Jurídica, 2009) “la teoría científica del arte de interpretar diferentes elementos o textos”. En el contexto del presente

trabajo, los textos que se pretenden interpretar tienen carácter jurídico, por lo que podemos establecer que su componente metodológico se basa en la hermenéutica jurídica.

Establece (Dueñas, Lecciones de Hermenéutica Jurídica, 2009) la existencia de varios niveles en la hermenéutica jurídica, donde cada uno contiene objetivos específicos y actores particulares, así:

Pre Hermenéutica: El autor lo cataloga como preconcepto que antecede un ejercicio conceptual serio, se basa en la obviedad y la presunción, generalmente obedece a objetivos ideológicos y pragmáticos.

Hermenéutica de primer orden: Es la interpretación metódica de los textos jurídicos, esta función es otorgada a las cortes, puesto que su función es profundizar en el sentido de una norma, la relación coherente entre ellas, sus fines sociales y las posibles repercusiones de dicha interpretación.

Hermenéutica de segundo orden: El autor la define como la correcta interpretación de la primera, su objetivo es explicar de manera conceptual lo interpretado en el primer orden, analizar y comprender la jurisprudencia, e implica una estructuración metodológica propia de un ejercicio investigativo evaluado por pares académicos.

Hermenéutica de tercer orden: Es un análisis profundo de la norma que finaliza en la reconstrucción creativa, este ejercicio es propio de los doctrinantes.

El presente estudio se encuentra en el segundo orden del proceso hermenéutico por tratarse de un ejercicio investigativo que analiza un marco jurídico con el fin de argumentar y defender una hipótesis con variables claras y definidas.

Con el fin de otorgarle una secuencia lógica al proceso investigativo, tomaremos como referencia los círculos hermenéuticos propios de la interpretación jurídica, que para (Huerta Ochos, 2008) pueden distinguirse en tres. Al primero le corresponde “el postulado de reflexión” y hace referencia a la relación entre los pre saberes y el texto, este saber previo da cuenta de la hipótesis, el segundo que genera “el postulado de coherencia” se ocupa del análisis de la norma en el marco de la comprensión del marco jurídico con el fin de preservar la coherencia en el sistema legal. El tercer círculo que se ocupa del “postulado de completitud” se ocupa del contraste entre la ley y los hechos, entre el marco normativo y las acciones concretas a las que se aplica. Cada uno de los círculos configura una parte del presente estudio, a decir:

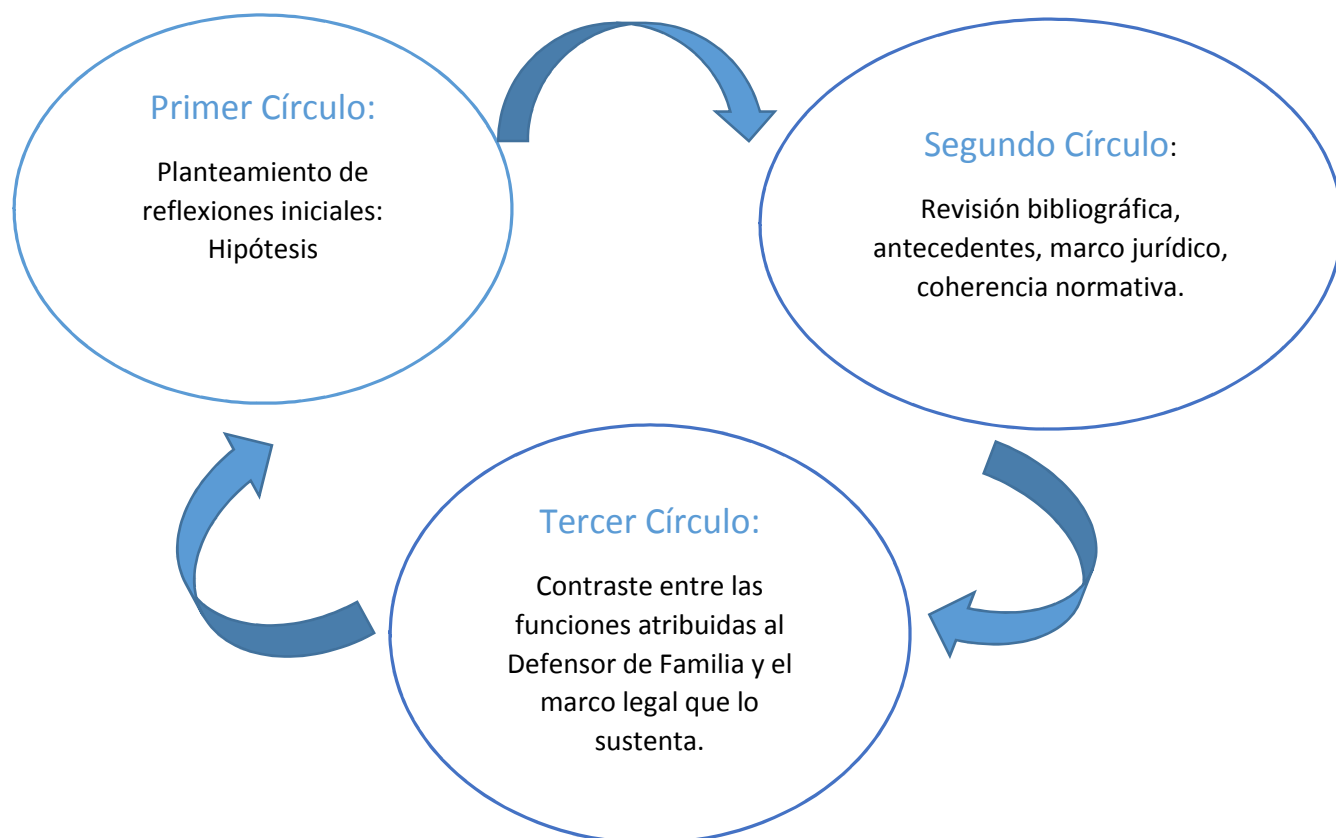
Primer Círculo “Postulado de Reflexión”: El primer círculo se ha planteado en el desarrollo de las primeras aproximaciones al tema de estudio, la formulación del problema, el planteamiento de una hipótesis y una justificación que evidenciara la necesidad teórica del trabajo.

Segundo Círculo “Postulado de Coherencia”: En este círculo nos ocuparemos de revisar e indagar sobre el marco legal que sustenta las funciones de Defensor de Familia, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, los cuales darán luces sobre el contexto social y político que dio paso a su origen, el cambio de denominación de esta autoridad y la evolución legislativa de

sus funciones; además de profundizar en los conceptos de protección, garantía y restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, donde se determina la trascendencia en la función pública del Defensor de Familia.

Tercer Círculo “Postulado de completitud”: Teniendo en cuenta el estudio de la naturaleza jurídica del Defensor de Familia, se realiza una revisión profunda de las labores que este realiza en cada uno de los procesos a cargo, para establecer la coherencia de dichas tareas con lo establecido por la ley, en este caso, una posible función jurisdiccional excepcional que no se encuentra regulada legalmente y que probablemente es objeto de una omisión legislativa.

Las conclusiones que posiblemente puedan surgir del tercer círculo retroalimentarán el primer círculo, originando nuevos interrogantes y reflexiones para próximos estudios.



Con relación a las fuentes recopiladas en el presente documento encontramos principalmente a la legislación externa que integra el bloque de constitucionalidad, el ordenamiento jurídico interno, teniendo como instrumento central la ley de infancia y adolescencia, la jurisprudencia y el precedente judicial, la doctrina enfocada en derecho constitucional, derecho de infancia y adolescencia, derecho de familia, derecho administrativo; revistas especializadas, artículos y tesis de postgrado. Es de destacar las obras Estructura del Poder Público en Colombia y Derecho Administrativo General y Colombiano de Libardo Rodríguez (2015, 2017), de quien a partir de sus aportes se empieza a contextualizar las funciones públicas o actividades Estatales que están llamadas a prestar la ramas del poder público, centrando la atención en la ejecutiva y judicial. De igual manera la obra Derecho Administrativo de Jaime Vidal Perdomo (1996) en lo correspondiente a la función administrativa del Estado.

1. Antecedentes Jurídicos del Defensor de Familia

Con el fin de dar respuesta al problema de investigación se realiza un estudio o recorrido de las diferentes normas, leyes, decretos, trabajos de investigación y artículos de revistas especializadas que nos permitan ubicar los orígenes jurídicos del defensor de familia desde la perspectiva del Estado de Derecho y posteriormente desde el Estado Social de Derecho.

1.1. El Defensor de Familia en el Estado de Derecho.

El Estado de Derecho surge como oposición al Estado Absolutista y hacen parte de él dos componentes fundamentales, uno el Estado, como una forma de organización política y el Derecho como un conjunto de normas que regulan el comportamiento de los que conformamos la organización política (la sociedad).

El núcleo fundamental de la sociedad es la familia “...y se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. (Constitución de Colombia Art. 42). También dispone que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable”. Con fundamento en este dispositivo constitucional el legislador a través de diferentes instrumentos legales, principalmente el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla el anterior precepto, el cual establece que “la pareja tiene derecho a decidir libre y

responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos” permitiendo que el derecho fundamental de la libertad se exprese en tres sentidos: constituir una familia, el tipo de familia y el número de hijos.

Del análisis de los anteriores apartes del art. 42 de la Constitución Política, se puede resaltar la articulación de la norma de normas con las primeras manifestaciones normativas que surgieron durante la vigencia del Estado de Derecho, para la protección y garantía de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el marco de la familia. En este orden de ideas, se encuentra en primer lugar La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual representa para la historia el primer consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño, en función de la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial, a través de una debida protección legal.

En dos de sus principios, esta declaración es clara en la responsabilidad que tienen los Estados miembros frente a los derechos de los niños, a través de sus autoridades públicas, así lo señaló el Principio VI “... la sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia...” y el Principio VII “...el niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho” (Humanium. Right, 1989).

En segundo lugar, se encuentra la Convención de los Derechos del Niño que inicialmente fue convencionado por 54 países en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y hoy se ha convertido en el tratado de Derechos Humanos más ampliamente aceptado, ha sido ratificado por 191 países lo cual le ha permitido convertirse en una ley internacional. Esta Convención señaló:

...que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar para todos sus miembros, y en particular de los niños debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” así mismo refirió que.....el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (Declaración de los derechos del niño UNICEF, 2005).

La Convención de los Derechos de los niños para el cumplimiento de sus mandatos en su artículo 3º. Estableció que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. También prescribió que los estados partes quedaban comprometidos a asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar, tomando las medidas legislativas y administrativas adecuadas a través de las autoridades competentes. En Colombia, la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada mediante la Ley 12 de 1991 y ratificada 18 de enero de 1991.

En el caso del estado colombiano, lo designado por los anteriores instrumentos internacionales como autoridades administrativas o competentes en la protección y garantía de derechos de los niños, fue asignado a diferentes denominaciones legales en el marco del Estado de Derecho, de la siguiente manera:

1.1.1. El Defensor de Familia como Promotor Curador de Menores.

La Ley 83 de 1946 o ley orgánica de la defensa del niño. Esta Ley se estructura con base en tres organismos, así: El Consejo Nacional de Protección Infantil; el Juzgado de Menores con su correspondiente personal, y las Casas de Observación: Escuelas-hogares, Escuelas de Trabajo y Reformatorios especiales.

Esta fue producto de la situación social que atravesaban los niños en las ciudades y mayoritariamente en Bogotá, donde en las calles se veían niños en condición de mendicidad, o dedicados al trabajo informal a muy temprana edad. En la noche, se ven al abrigo de los aleros, semicubiertos con periódicos y apretujados como miserables gusanos. Son el despojo de nuestra civilización que los arroja a sus orillas para ser aprovechados, maltratados o recogidos por quienes se aprovechan para cometer toda clase de fechorías. Otros dolidos de su orfandad mendigan para socórrelos estableciendo casas, asilos y refugios donde se vierte la piedad sobre todo femenina. (Infantil, s.f.).

Esta Ley creó la figura del Promotor-Curador de Menores, nombrado por el ejecutivo y quien se desempeñaba en los procesos penales para adolescentes y en todas las actuaciones que ocurran en el Juzgado de Menores para la defensa de los intereses del menor, ya presentando pruebas y razones en favor de su inocencia, o demostrativos de su culpabilidad, va proponiendo las medidas que sean más convenientes para la salvación del menor. El Juzgado de Menores, con su correspondiente personal. El Juez de Menores conoce privativamente y en una sola instancia de las diligencias a que dieran lugar las infracciones penales cometidas por los menores de diez y ocho años en el respectivo territorio y en el de las Intendencias y Comisarías que señale el Gobierno, y de las situaciones de abandono o peligro moral o físico en que se hallaren los menores de la misma edad (Capítulo XI. Desprotección Infantil, s.f.)

1.1.2. El Defensor de Familia como Asistente Legal.

El Decreto 1818 del 17 de julio de 1964, crea la figura del Asistente Legal y con él, el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y la División de Menores, adscrita al Ministerio de Justicia, ambos entes son órganos directivos de las políticas y programas de protección a la niñez y la familia; la autoridad administrativa, Promotor Curador de Menores representante de los derechos de los menores de edad se cambió por el nombre de Asistente legal, quien continúa ejerciendo las mismas funciones atribuidas en disposiciones anteriores en defensa de los derechos de los niños (Congreso de la República de Colombia, 1964).

1.1.3. El Defensor de Familia como Defensor de Menores.

La Ley 75 de 1968, crea la figura del Defensor de Menores adquiriendo mayor importancia para la atención de la niñez y su entorno familiar; por una parte fortalece a la autoridad administrativa que venía actuando en defensa de los derechos de la niñez, este defensor de menores ahora se le concede mayor autonomía, más poderes y se amplía las competencias, y en el mismo sentido, crea al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, quien se encarga 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 con el nombre de “Ley Cecilia”, es clásica fundamentalmente en la defensa de los hijos extramatrimoniales, tanto que también se le distinguió como la “Ley de la Paternidad responsable”, se complementó con otras disposiciones, de manera especial con la Ley 7ª de 1979, que ampliaron las políticas y los programas del ICBF a favor de la niñez y de la familia colombiana. (Congreso de la República de Colombia, 1968).

1.1.4. El Defensor de Familia

El Decreto 2272 de 1989. Creó la figura del Defensor de Familia y la Jurisdicción de Familia. En su artículo 11 cambió la denominación de Defensor de Menores por la de Defensor de Familia, y a la vez, determinó la misión general de este servidor público en 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, pero además en

su artículo 16, extendió la competencia para definir situaciones que se presenten entre adultos en su calidad de padres y cónyuges entre sí como respecto de sus hijos, lo cual constituye el fundamento para que ahora se le denomine Defensor de Familia (Congreso de la República de Colombia , 1989).

Hasta este momento, el incremento sucesivo de las necesidades de la población y la evolución legislativa en materia de familia generan un aumento progresivo de las funciones del defensor de Familia, que a pesar de esto, ha venido desempeñando sus tareas bajo las mismas condiciones, con precarios recursos humanos y logísticos, y agobiado por la atención de problemáticas que no son mitigadas. El crecimiento de la población, el incremento de la pobreza, el surgimiento de otros problemas como el desplazamiento forzado, la inserción de menores de edad en el conflicto armado, la prostitución, el consumo de estupefacientes, la conformación de pandillas y de sectas satánicas; actualmente, las demandas de alimentos a padres en el extranjero, la restitución internacional de niños, el trabajo en condiciones no autorizadas por la ley, la proliferación de juegos mecánicos, el abuso sexual, la pornografía, etc.; estos y muchos otros factores de la vida contemporánea, son problemas que atacan a la niñez y la responsabilidad de ampararla de sus nocivos efectos recae sobre el Defensor de Familia.

De toda la normatividad anterior se desprende que la figura del Defensor de Familia como garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes presenta una larga trayectoria, iniciada con las políticas de reeducar a los menores de edad que infringían la ley penal, además de ocuparse de los niños desamparados, discapacitados y de los hijos de quienes se creía eran fruto de padres con conductas inmorales.

La figura del Defensor de Familia como defensor público, aparece con la Ley 83 de 1946, conocida como la Ley orgánica del Niño con el nombre de Curador de Menores nombrado por el Presidente de la república y se desempeñaba en los juzgados de menores actuando en los procesos de jurisdicción civil y penal de adolescentes en defensa de sus intereses. En el año de 1964 se 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 Curador de Menores por el de Asistente Legal. Mediante decreto 1818 de 1964 continúa desempeñando las mismas funciones públicas atribuidas en disposiciones anteriores en defensa de los derechos de los niños. No obstante, las funciones que consagra el Decreto 1818 de 1964 de Asistente Legal, son de carácter administrativo, perfilándose entonces dos tipos de funciones 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 defensa, y otra administrativa como miembro de los comités seccionales de protección del menor.

Con la ley 75 de 1968 o “Ley Cecilia “se fortalece la autoridad administrativa del Defensor de Familia y lo viene a denominar 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 encarga de recaudar, financiar y proyectar las políticas y las acciones preventivas y de protección a la niñez y a la familia.

Hasta esta parte en el Estado de Derecho no se advierte función jurisdiccional excepcional para el Defensor de Familia ya que su función pública se enmarca en la representación y defensa de los menores; sin embargo, con la entrada en vigencia del Código del Menor, decreto 2737 de 1989 no solo el Defensor de Familia adquiere esta denominación, sino también se le asigna por primera vez función pública de carácter jurisdiccional con la facultad de fijar cuota provisional de alimentos y declarar el abandono de los menores en situación irregular. La Constitución Política de Colombia de 1886 en su artículo 58 establecía las instituciones encargadas de administrar justicia, pero no establecía la función jurisdiccional excepcional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, como si lo contempla el art. 116 de la actual Constitución Política.

1.2. El Defensor de Familia en el Estado Social de Derecho.

El artículo primero de la Constitución Política de Colombia establece a Colombia como un: Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Congreso de la República de Colombia, 1991, p.1).

Esta definición del estado colombiano como un “Estado Social de Derecho...” implica acogernos a toda una corriente jurídica y política que surgió en Europa a comienzos del siglo

XX y desde luego contrapuesta al Estado Absolutista caracterizado por la concentración absoluta de las ramas del poder público en cabeza del monarca donde el ejercicio arbitrario del poder daba lugar a un total desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y que predominó en Europa entre los siglos XVI y XVIII. Este tipo de Estado también se hizo extensivo en América durante la época del colonialismo europeo.

Como reacción al Estado Absolutista se adopta la organización política del Estado de Derecho. Este nuevo modelo se propone realizar los valores de la ideología del liberalismo individual que había triunfado en las revoluciones inglesa, norte americana y francesa en los siglos XVII y XVIII. Este Estado de derecho, también conocido como Estado liberal de derecho o Estado burgués de derecho, busca garantizar los derechos naturales de los individuos: la vida, la libertad, la igualdad formal, la seguridad, la fraternidad y la propiedad.

Este formalismo instrumental del reconocimiento de los derechos naturales de las personas y la ampliación del catálogo de derechos que el Estado debe reconocer, proteger y garantizar, dio lugar al Estado Social de Derecho.

La teoría del Estado Social de Derecho fue planteada por Hermann Heller a comienzos del siglo XX en su obra *Estado de Derecho o Dictadura*. Heller sostiene la tesis de que la transformación del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho era la única forma de no permitir el establecimiento de un régimen dictatorial y con el permitir dar respuesta a los problemas sociales (Defensoría del Pueblo, 2008)

La consagración del Estado Social de Derecho se produjo en 1949 cuando se proclamó la Ley Fundamental de Bonn en la Constitución Alemana. La Constitución Española de 1978 adoptó la cláusula del Estado Social al establecer en su artículo primero “España se constituye en un Estado social y Democrático de derecho” (Defensoría del Pueblo, 2008).

En América Latina a partir de los textos constitucionales de la Constitución Mexicana de Querétaro en 1917 y en Colombia tímidamente desde 1936 con las reformas liberales y la cláusula específica Estado Social de Derecho solo se incorporaría en el texto de 1991 (Defensoría del Pueblo, 2008).

El constituyente de 1991 siguiendo las orientaciones de la Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuando en su preámbulo establece:

...Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,... Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un

espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,... Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",... Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado... (Naciones Unidas, 1989).

Para el caso colombiano, la constitución política de 1991, incorpora en su artículo 44, los derechos fundamentales de los niños, así:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de

los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Congreso de la República de Colombia, 1991).

Como lo define la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Constitución Política de Colombia en su artículo 42 “la familia como núcleo fundamental de la sociedad”, es reconocida como el ambiente natural donde se desarrollan las relaciones interpersonales de este grupo primario. Como consecuencia de lo anterior, le corresponde al Estado garantizar su protección, brindándole una asistencia integral a esta y a sus integrantes, cuando se encuentren en estado de indefensión o vulnerabilidad, ya que de su adecuada organización depende en gran medida la estable y armónica convivencia en el seno de la sociedad. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017).

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 que garanticen un desarrollo armónico de la niñez, la infancia y la adolescencia, como lo plantearemos a través de la siguiente relación normativa:

Ley 12 de 1991. Con esta ley Colombia aprueba la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y la Constitución Política de 1991, creó todo un bloque de constitucionalidad de

derechos y garantías para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia. (Unidad de Víctima, 1991).

Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones (Congreso de la Republica de Colombia, 1991). Este instrumento legal asignó al Defensor de Familia la función conciliatoria y ratificó las medidas cautelares previstas en el código del menor, las cuales se relacionan con la funciones de los numerales 1, 2, 8, 9 y 13 del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 173 de 1994, aprobatoria del convenio de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños¹. Le asignó al Defensor de Familia función administrativa como intermediario de la autoridad central ICBF para adelantar las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente al país de origen y decreto de medidas provisionales. Esta función se relaciona con la prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 82 de Código de Infancia y la Adolescencia. (Congreso de la República de Colombia, 1994)

¹Código de la Infancia y la Adolescencia. “Artículo 112. *Restitución internacional de los niños, las niñas o los adolescentes*. Los niños, las niñas o los adolescentes indebidamente retenidos por uno de sus padres, o por personas encargadas de su cuidado o por cualquier otro organismo en el exterior o en Colombia, serán protegidos por el Estado Colombiano contra todo traslado ilícito u obstáculo indebido para regresar al país. Para tales efectos se dará aplicación a la Ley 173 de 1994 aprobatoria del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, a la Ley 620 de 2000 aprobatoria de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, y a las demás normas que regulen la materia. Para los efectos de este artículo actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La Autoridad Central por intermedio del Defensor de familia adelantará las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente y decretará las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar.”

Ley 446 de 1998, por la cual se adopta como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. (Congreso de la República de Colombia, 1998).

Ley 449 de 1998, aprobatoria de la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias (Congreso de la República de Colombia, 1998). Asignando función pública para el restablecimiento de derecho alimentario y se relaciona con los numerales 9 y 11 del art. 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Ley 471 de 1998, aprobatoria de la Convención de New York sobre obtención de alimentos en el extranjero (Congreso de la República de Colombia, 1998). Asignando función pública para el establecimiento del derecho alimentario relacionado con los numerales 9, 11 y 13 del art. 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia. De acuerdo con este instrumento y Ley 1098 de 2006, cuando Colombia es país requerido, el Defensor de Familia adelantará la fase administrativa del proceso que consiste en la apertura del caso, citar al alimentante y procurar el ofrecimiento voluntario de alimentos o acuerdo entre las partes, fijar una cuota provisional si no hay ofrecimiento o acuerdo, presentar demanda de alimentos al Juez de Familia del domicilio del demandado.

Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (Presidencia de la República de Colombia, 1998). Se relaciona con la función conciliatoria del numeral 9 del art. 82 de la Ley 1098 de 2006.

Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, referentes al contenido del acta de conciliación (Congreso de la República de Colombia, 2001). Reitera la función conciliatoria de los numerales 8 y 9 del art. 82 de la ley 1098 de 2006.

Ley 880 de 2004, aprobatoria de la convención interamericana sobre restitución internacional de menores (Congreso de la Republica de Colombia, 2004). Le asigna función administrativa al Defensor de Familia que se relaciona con la prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 82 de Código de Infancia y la Adolescencia.

Ley 962 de 2005, por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos (Congreso de la República de Colombia, 2005). Ley que estableció el rol del Defensor de Familia en los trámites notariales de divorcio de matrimonio civil y cesación de efectos civiles de matrimonio religioso cuando existen hijos menores de edad, asignando función administrativa que se relaciona con el numeral 3 de art. 82 de la ley 1098 de 2006.

Decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, por el cual se reglamenta el artículo 34 de la ley 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondiente (Presidencia de la República de Colombia, 2005). Este acto administrativo reglamenta la función administrativa de emisión de conceptos vinculantes del Defensor de Familia, que se relaciona con el numeral 3 de art. 82 de la ley 1098 de 2006.

Ley 1008 de 2006, en la que se fijan algunas competencias y procedimientos para aplicación de convenios internacionales. Esta ley establece que el conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa (Congreso de la República de Colombia, 2006). Se relaciona con la función pública del numeral 1, 2, 9, 11, 12, 13 del art. 82 de la ley 1098 de 2006.

Ley 1098 de 2006, que en su art. 82 enumera las diferentes funciones públicas que el legislador ha atribuido al Defensor de Familia (Congreso de la República de Colombia, 2006). En el primer reconocimiento de origen del texto de la ley, se establece que se continúa con la denominación de la autoridad administrativa como Defensor de Familia. Es así como Eduardo García Sarmiento en su obra la Jurisdicción de Familia y Alimentos anota que estos 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, de lo que se deduce y concluye que la importancia y desempeño de la función del Defensor de Familia es pieza clave en la jurisdicción (Cámara de Representantes de la República de Colombia. proyecto de Ley 001, 2007).

Ante la necesidad de adecuar el Código del Menor, a las disposiciones de la Convención, la Constitución Política y a las nuevas situaciones sociales de la infancia, particularmente de los infractores a la ley penal, después de 10 años de estudios y discusiones, se promulgó la Ley 1098 de noviembre de 2006, denominada Ley de Infancia y la Adolescencia, la cual derogó parcialmente el Código del Menor, cambió la filosofía de atención a la problemática de la infancia y la familia, y por supuesto, una vez más, amplió las funciones del Defensor de Familia, paradójicamente con el mismo salario y con menos recursos humanos y logísticos (Cámara de Representantes de la República de Colombia. Proyecto de Ley 001, 2007)

Decreto 4840 del 17 de diciembre de 2007 (Presidencia de la República de Colombia, 2007), por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la ley 1098 de 2006.

Ley 1306 de 2009, Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados (Congreso de la República de Colombia, 2009). Ley que asignó al Defensor de Familia la gama de funciones públicas que establece el Código de la Infancia y de la Adolescencia para restablecer derechos a las personas mayores de edad en “situación de discapacidad mental absoluta”

Ley 1448 del 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones². Planteó el restablecimiento de los derechos vulnerados de los niños, niñas y adolescentes víctimas en el marco del conflicto armado, mediante los procesos y mecanismos que la constitución y las leyes, y en particular, el Código de Infancia y Adolescencia, disponen para tal fin en su art. 82

Decreto Ley 19 del 10 de enero de 2012 (Presidencia de la República de Colombia, 2012), por medio del cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración. Reguló función administrativa del Defensor de Familia en el trámite notarial de sustitución o cancelación de patrimonio de familia que se relaciona con el numeral 3 del art. 82 de la ley 1098 de 2006

Ley 1620 del 15 de marzo de 2013, por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar (Congreso de la República de Colombia, 2013). Ley que estableció la responsabilidad del Defensor de Familia de adoptar medidas de emergencia y de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes que se

² Artículo 188. Niños, niñas y adolescentes huérfanos. Todos los niños, niñas y adolescentes huérfanos tanto de padre y madre, o de solo uno de ellos, como consecuencia de las violaciones a las que se refiere el artículo 3° de la presente Ley, tendrán derecho a la reparación integral. Cualquier autoridad del orden departamental, regional o local, y cualquier servidor público que tenga conocimiento de esta situación, deberá comunicar tal situación de manera inmediata al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que a través del Defensor de Familia, se inicien los trámites judiciales y administrativos orientados a la reparación integral de sus derechos.

encuentran en alguna de las situaciones que afectan la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos. Dicha responsabilidad se enmarca en la función administrativa prevista en los numerales 1 y 2 del art 82 de la Ley 1098 de 2006

Ley 1652 de julio 12 de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Donde el Defensor de Familia interviene en la entrevista forense, realizando una revisión previa del cuestionario que se le formulara al menor de edad por el profesional del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación (Congreso de la República de Colombia, 2013). Dicha responsabilidad se enmarca en la función administrativa prevista en los numerales 1 y 12 del art 82 de la Ley 1098 de 2006.

Decreto 2553 del 12 de diciembre de 2014, por el cual se reglamentan los artículos 26 y 153 de la ley 65 de 1993, modificados por los artículos 18 y 88 de la ley 1709 de 2014. En el cual se abordan, entre otras, disposiciones sobre las condiciones de permanencia de los niños y niñas menores de tres (3) años de edad que conviven con sus madres al interior de los establecimientos de reclusión y de las mujeres gestantes y madres lactantes privadas de la libertad, con el fin de determinar las competencias institucionales para garantizar su cuidado, y la protección y atención integral de sus hijos menores de edad, incluyendo a los que no convivan con sus progenitoras al interior del establecimiento carcelario y cuyos derechos puedan estar presuntamente en situación de inobservancia, amenaza o vulneración (Presidencia de la República de Colombia, 2014) . Normativa que desemboca en las funciones administrativas 1 y 2 del artículo 82 de la ley 1098 de 2006.

Decreto 1664 del 20 de agosto de 2015, por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos del decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 parágrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012 (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015). Decreto que estableció el rol del Defensor de Familia en el trámite notarial de solicitud de autorización para enajenar bienes de menores de edad y se relaciona con la función administrativa del numeral 3 del artículo 82 de la ley 1098 de 2006.

Ley 1801 del 29 de julio de 2016, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia (Congreso de la República de Colombia, 2016). La remisión que realiza el artículo 38 de esta ley se relaciona con todas las funciones públicas del artículo 82 de la ley 1098 de 2006.

Ley 1850 del 19 de julio de 2017, por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, se modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2000 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones (Congreso de la república de Colombia, 2017). Ley que asignó al Defensor de Familia la función pública de promover procesos judiciales de alimentos a favor del adulto mayor.

Ley 1878 del 9 de enero 2018. Por la cual se modifica la ley 1098 del 2006 en cuanto al procedimiento administrativo para el restablecimiento de derechos, tramites extraprocesales, proceso de adopción y fija reglas para el tránsito legislativo (Congreso de la República de Colombia, 2018)

La anterior arqueología jurídica en el Estado Social de Derecho establece la ampliación de competencias del Defensor de Familia con la asignación de nuevas funciones públicas dirigidas a la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; planteando la posibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional excepcional con fundamento en el art. 116 de la Constitución Política de 1991; sin embargo, el desarrollo legislativo no ha materializado esta posibilidad del reconocimiento de la función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia junto a sus demás funciones administrativas, situación que orienta hacia la tesis constitucional de la omisión legislativa, puesto que en este momento jurídico-histórico concurre la posibilidad constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional excepcional en materias precisas para las autoridades administrativas y el ejercicio práctico de funciones del Defensor de Familia, como son la declaratoria de adoptabilidad, fijación de alimentos y la aprobación de acuerdos conciliatorios.

1.3. Naturaleza Jurídica del Defensor de Familia

Para explicar la naturaleza jurídica del Defensor de Familia se hace necesario hacer referencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, (ICBF, 2018) indica que:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, es la entidad del Estado colombiano que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus programas,

estrategias y servicios de atención con 33 sedes regionales y 209 centros zonales en todo el país .

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo a previsto en la Ley 7ª de 1979, hace parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar –SNBF-, el cual se encarga de prestar el servicio público de bienestar familiar, que tiene como finalidad promover la integración y realización armónica de la familia; proteger el menor, garantizar los derechos de la niñez y 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. De acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia³ el ICBF es el coordinador y rector de SNBF y tiene por objeto⁴ propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos.

El ICBF a través del Defensor de Familia 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 intervención (Art. 11). A este respecto (Jiménez, Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o Juez? , 2010) 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, bajo el siguiente tenor:

³ Código de la Infancia y la Adolescencia. Artículo 11, 205.

⁴ Ley 7ª de 1979. Artículo 19.

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

(Jiménez, Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o Juez? , 2010). También define a los Defensores de 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 protección y garantía de los derechos de las futuras generaciones de colombianos.

El artículo 79 del Código de Infancia y Adolescencia define a las Defensorías 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” y como cabeza de ella al Defensor de Familia (Art. 81 y 82), las cuales cuentan, expresa el párrafo segundo del art 79 “con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista. Los conceptos

emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”.

En efecto, en el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 se contempla que “Corresponde a los Defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código”.

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

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

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

Por ello, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, (UNICEF. Código de Infancia y la adolescencia. Versión comentada, 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; creadas especialmente para proteger a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones de violación a sus derechos o seria 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, Restablecimiento de derechos. 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.

1.3.1. Los niños, niñas y adolescentes su protección, garantía y restablecimiento de sus derechos

La Convención Internacional sobre los Derechos de Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 1, que: “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. El Código de la Infancia y la Adolescencia establece en su art. 3: que, “...son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años... se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años”.

La Constitución Política de Colombia, en su Art. 44⁵ reconoce la prevalencia de los derechos de los niños y dispone su protección contra toda forma de afectación de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional con relación a la persona de los niños se ha referido en la Sentencia (Sentencia T-679, 2012), en los siguientes términos:

La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, representan verdaderos valores y principios que no solo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino

⁵ Constitución Política, art. 44. “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico.

La jurisprudencia ha entendido que el bienestar de los niños como uno de los fines del Estado y como un objetivo del sistema jurídico, por esta razón también ha afirmado que la obligación de asistencia a los niños tiene un carácter fundamental y prevalente, así, lo señaló en la misma Sentencia (Sentencia T-679, 2012), cuando expresó:

La jurisprudencia constitucional ha considerado que en la medida en que los derechos de los menores tienen el carácter de fundamentales y prevalentes, la obligación de asistencia y protección necesariamente adquiere esa connotación, por lo que resulta constitucionalmente inadmisibles que se antepongan otros cometidos para dilatar la eficacia del Estado y la sociedad en el objetivo de asegurar el bienestar de los menores, toda vez que, por mandato de la Carta, “el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.

Al respecto las normas internacionales han establecido un tratamiento preferencial para los niños, al darles un interés jurídico relevante que implica un deber ser especial para las autoridades del Estado encargadas de su protección y restablecimiento de derechos, en palabras de la Corte Constitucional en Sentencias T- 679 (2012) y Sentencia C- 1064 (2000):

una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran”, encuentra un claro respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La legislación nacional también ha desarrollado el principio de la prevalencia de los derechos del niño, cuando en el art. 9 de la ley 1098 de 2006 (Congreso de la Republica de Colombia, 2006) dispuso:

En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona; y en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Concurre en el ordenamiento jurídico interno con el principio de la prevalencia de los derechos del niño, el principio del interés superior, del cual el Código de Infancia y la Adolescencia, en su art. 8, lo define como: “el imperativo que obliga a todas las personas a

garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Este principio lo define la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3.1 así:

en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; y en el artículo 3.2, establece que:

los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al principio del interés superior ha sostenido que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

La Corte Constitucional sobre el principio del interés superior del niño en las Sentencias T-503 (2003) y Sentencia T-397 (2004) señaló:

El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación

mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

A su vez (Alexy, 2009) sostiene que:

Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

Los principios de prevalencia de derechos e interés superior del niño, son mandatos de optimización de los derechos fundamentales de estos, y las autoridades públicas instituidas para la protección, garantía y restablecimiento de sus derechos, deben aplicarlos para el ejercicio adecuado de sus funciones. La Corte en Sentencia T-679 (2012), señaló que, las autoridades instituidas en el Estado Social de Derecho, cuentan con unas facultades otorgadas por la ley, y que a partir de sus funciones públicas, están legitimadas para desarrollar la tarea estatal de especificar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, para lo cual como operadores jurídicos les asiste un campo de discrecionalidad considerable para analizar las circunstancias particulares y concretas que acompañan cada caso, en donde se involucre la afectación de derechos de los niños.

Dicha discrecionalidad es expresión del poder público del cual han sido investidas las autoridades administrativas y judiciales, para el ejercicio adecuado de sus funciones, aplicando mandatos jurídicos en procura de la protección especial de los niños, concretizando la situación fáctica y confrontándola con la normativa jurídica, en aras de encontrar y proferir la decisión que será la solución que identifique con mayor capacidad el principio de interés superior, cumpliendo de esta forma con sus deberes constitucionales y legales y garantizando el bienestar y protección integral de los niños. Es por esto que, las decisiones proferidas por las autoridades públicas, deben atender a un especial nivel de responsabilidad que los obliga a elevar y aplicar un mayor grado de diligencia, celo y cuidado, al momento de proferir las decisiones judiciales o administrativas. Las decisiones parciales o insuficientes que no conllevan la correcta determinación del interés superior y la garantía de sus derechos, redundan en la afectación definitiva e irremediable en el proceso de desarrollo de los niños.

En efecto, las decisiones proferidas por los funcionarios administrativos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los funcionarios judiciales, incluidos los jueces constitucionales de tutela, deben atender a las siguientes subreglas que buscan satisfacer el interés superior de los niños, en ejercicio de la discrecionalidad deferida a partir de los deberes otorgados en el ordenamiento jurídico, por ende, estos propósitos, en criterio de la Corte, Sentencia T-679 (2012), son alcanzables a partir de las condiciones que genera la determinación de estas subreglas:

(i) criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados.

El Código de la Infancia y La Adolescencia en su art. 50 define el concepto de restablecimiento de derechos, así: “Se entiende por restablecimiento de los derechos de niñas, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados”; por el contrario no define el concepto de garantía y protección, por ende estos deben entenderse para su aplicación en sentido semántico.

2. Función Pública del Defensor de Familia.

Las funciones del Defensor de Familia las encontramos en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 75 de 1968, en la Ley 12 de 1991, en la Ley 23 de 1991, en la Ley 173 de 1994, en la Ley 449 de 1998, en la Ley 471 de 1998, en la Ley 640 de 2001, en la Ley 880 de 2004, en la Ley 962 de 2005, en la Ley 1008 de 2006, en la Ley 1098 de 2006, en la Ley 1306 de 2009, en la Ley 1448 de 2011, en el Decreto-Ley 19 de 2012, en la Ley 1620 de 2013, Ley 1652 de 2013, Ley 1801 de 2016, y en la Ley 1850 de 2017. De igual manera en los decretos como lo expresamos anteriormente.

En la Constitución Política encontramos las funciones generales del Defensor de Familia, en el artículo 209, cuando establece: “que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”. Por ello el defensor de familia debe, según el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia:

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación...Proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares.

El artículo 209 la Constitución Política de Colombia expresa que la función administrativa está al servicio de “los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”. Dichos principios de la función administrativa deben estar presentes en todos los trámites que adelante el Defensor de Familia en el ejercicio de sus funciones. El artículo 122 constitucional también establece que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento” por esta razón el legislador le asignó al defensor de familia las funciones previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia y en las demás normas mencionadas.

2.1. Función Administrativa.

La Función Administrativa como actividad del Estado ha sido abordada por la doctrina para brindar nociones de su naturaleza, al respecto (Villa, Derecho Administrativo Sustantivo y Procesal. , 2016), expreso:

Es la actividad reglada por el derecho público que tiene por objeto establecer la satisfacción de necesidades de interés general de forma regular y permanente por quienes están atribuidos por la ley para desempeñar dicha función, eso sí, sujetos al control de una jurisdicción especial, que es la jurisdicción especial contenciosa administrativa, que tiene por función el control de la legalidad

La Constitución Política dispone en su artículo 121 que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la Ley y en el mismo cuerpo Constitucional se establece en su artículo 121 que (Consejo Superior de la Judicatura, 2010)“el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño...cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”

En virtud de las anteriores disposiciones Constitucionales, el Código de la Infancia y la Adolescencia, erige al Defensor de Familia como autoridad competente para “procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política” y precisa las funciones correspondientes, razón de ser de su misión institucional, que se orientan a los fines del Estado y que en sentido lato se establecen en el artículo 82 como funciones administrativas, las siguientes:

1. 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.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este código.
5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.
7. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.
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.

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

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.

13. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.

14. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente

15. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
19. Solicitar 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 sus 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.

Estas funciones se traducen en tareas institucionales que se enmarcan en la naturaleza del Defensor de Familia como autoridad de origen legal, cuyo fin es la protección, restablecimiento y garantía de derechos de los niños, las niñas y adolescentes. De la redacción utilizada por el legislador para el diseño de las funciones, se destaca que casi todas son para tareas específicas, excepto la del numeral 1, que tiene el rol de función general y que sirve además de función articuladora de las labores particulares.

Siguiendo la idea que todas las funciones dispuestas en el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son administrativas, en razón a la naturaleza administrativa de la autoridad competente que las ejerce, se podría caer en un paralogismo jurídico. Sin embargo, en atención a esta premisa y teniendo en cuenta el carácter administrativo especial de la actuación que se adelanta (Art. 99) y de los trámites establecidos para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes (Art. 2), como son la recepción del consentimiento para la adopción cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante (Art. 66), el reconocimiento voluntario a la paternidad (Art. 108), el permiso de salida del país (Art. 110), y la restitución internacional (Art. 112), se tendrán como funciones administrativas en términos generales.

De la numeración de las funciones del Defensor de Familia establecidas en esta disposición jurídica, se advierte la posibilidad de interrelación del ejercicio de las mismas o ejercicio concurrente de tareas institucionales, en casos de afectación de derechos de los niños, las niñas y adolescente, para prevenir, proteger, garantizar y restablecer sus derechos. Así mismo, se entienden como funciones públicas generales las asignadas al Defensor de Familia, en el entendido que el legislador no discrimina las clases de funciones.

De otra parte, como fue señalado en el capítulo primero, varias de estas funciones han sido reproducidas por el legislador ordinario y extraordinario en otras leyes y el ejecutivo en decretos reglamentarios del ordenamiento, en las cuales configuró supuestos de hecho para el ejercicio de funciones que se sintonizan con algunas de las previstas en este artículo, como por ejemplo la

función del numeral 3 para "emitir los conceptos ordenados por la Ley, en las actuaciones judiciales o administrativas" y lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 962 de 2005, reglamentado por el decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, que estableció la función del Defensor de Familia de emitir concepto en los trámites notariales de divorcio de matrimonio civil y cesación de efectos civiles de matrimonio religioso cuando existen hijos menores de edad; el decreto Ley 19 del 10 de enero de 2012, que estableció la función del Defensor de Familia de emitir concepto en el trámite notarial de sustitución o cancelación de patrimonio de familia inembargable; el decreto 1664 del 20 de agosto de 2015, por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos del decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 parágrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012 , que estableció la función del Defensor de Familia de emitir concepto en el trámite notarial de solicitud de autorización para enajenar bienes de menores de edad.

Las funciones dispuestas en el artículo 82 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, se relacionan con tareas específicas del Defensor de Familia razón de su misión institucional, sin que se puedan diferenciar y especificar en sentido estricto, porque están relacionadas en la misma disposición jurídica como funciones públicas que se expresan indistintamente como funciones administrativas con fundamento en la naturaleza del Defensor de Familia, sin una distinción del tipo de función y una especificación de los eventos para el ejercicio de las mismas, pero que a partir de su análisis se pueden identificar en sentido estricto, para distinguirlas y especificarlas dentro del mismo género de la función administrativa, por consiguiente, se encuentran como especies de esta, las función sancionadora, la función de policía y la función conciliatoria.

2.2. Función sancionadora.

El Defensor de Familia en sentido estricto cumple una función sancionadora en la medida en que puede imponer multas a los particulares que se reúsen o retarden el trámite de las solicitudes formuladas a estos cuando incumplan las obligaciones impuestas con la medida del restablecimiento de derechos de la amonestación. Así lo establece el art. 55 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia “el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multas equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes...”, igualmente el párrafo del art.104 de la misma ley dispone:

El defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía podrán sancionar con multa de uno a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, a los particulares que reúsen o retarden el trámite de las solicitudes formuladas en ejercicio de las funciones que esta ley les atribuye...

Esta función sancionadora de la autoridad administrativa en estudio no aparece relacionada dentro de la lista taxativa del art. 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia; sin embargo claramente se deduce de los textos legales referidos, que es una función administrativa dispersa y presente que el legislador le otorgó para imponer sanciones pecuniarias en virtud de sus competencias cuando en realidad la naturaleza de esta función es sancionadora, ya que en virtud de la misma, se busca sancionar con multa a los particulares que incumplan las solicitudes administrativas que realice el defensor de familia.

En virtud de la potestad sancionadora del Estado, el legislador le ha otorgado al Defensor de Familia la función sancionadora en supuestos de hecho específicos en la norma, y entendida esta como una sanción administrativa que en palabras de Eduardo García de Enterría, se trata de “un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal” (Ramírez-Torrado & Anibal-Bendek, 2015) y en palabras de (Falla, s.f.) “la sanción es un medio represivo que se pone en marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido”

La función sancionadora del Defensor de Familia, está relacionada con el derecho administrativo sancionador, expresión del derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, el cual contempla una potestad sancionadora que según lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 818 (2015) afirmó:

Permite asegurar los fines del Estado, al otorgarles a las autoridades administrativas la facultad de imponer sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización Estatal.

De tal manera que el derecho administrativo sancionador es un “poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aun a las mismas autoridades públicas” Sentencia C-818 (2015).

La función administrativa sancionadora encuentra fundamento en el principio de legalidad, el cual “se puede definir como la sumisión del poder público al orden jurídico” Sentencia C- 390 (2002), y a su vez expresó que:

el principio de legalidad en materia punitiva o sancionadora está integrado, a su vez, por dos aspectos:(i) el de reserva legal, según el cual sólo el legislador está facultado para establecer las conductas punibles, las respectivas penas o sanciones administrativas y los procedimientos que han de seguirse para efectos de su imposición; y (ii) el de tipicidad, que implica no sólo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente sino que las sanciones a imponer deben estar también previamente determinadas, de conformidad con el principio nulla poena sine lege

En este orden de ideas, como función administrativa sancionadora que detenta el Defensor de Familia, se advierte la establecida en el artículo 55 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la cual señala:

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales vigentes, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal vigente de multa. Esta sanción será impuesta por el Defensor de Familia.

Esta potestad sancionatoria administrativa del Defensor de Familia, es un medio necesario para alcanzar los objetivos que se ha trazado en el ejercicio de sus funciones Sentencia C – 616 (2002), para procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Además como “fracción de poder estatal”. La misma Sentencia, está encaminada a “garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales” concretamente, la conminación a los padres o personas responsables del cuidado de los sujetos de protección constitucional, sobre el cumplimiento de las obligaciones que les corresponde o que la ley les impone, la orden perentoria de cesar las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de estos, y la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre la niñez a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Con relación al arresto a que hace referencia esta disposición jurídica, es preciso señalar que la Corte Constitucional profirió fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda a través de la Sentencia C – 951 (2007), en la cual argumentó a favor de la ausencia del debate constitucional, que el aparte normativo que fue accionado no determina la autoridad encargada de imponer la sanción de multa, basta una lectura del mismo para concluir que no es función del Defensor de Familia imponer la sanción que se busca declarar inexecutable. Sin embargo, esta atribución de sancionar con arresto, se encuentra en otro aparte del artículo 55 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que no fue demandado. Pone de presente la Corte, una notoria incongruencia entre el contenido jurídico de las expresiones demandadas y el cargo de la demanda, explicando que, de una parte, la expresión de la disposición jurídica que se demanda contiene la posibilidad de decretar el arresto como sanción, pero sin señalar la autoridad encargada de imponerla, ni los criterios de dosificación de la sanción; y de otra, el accionante

considera inconstitucional la asignación de la facultad de sancionar que, según él, tiene el Defensor de Familia. En otras palabras la Corte Constitucional afirmó que el Defensor de Familia ejerce la función sancionadora para imponer la multa pecuniaria a quienes incumplan las obligaciones impuestas con la amonestación y no para ejercer la función sancionadora de arresto, pues esta corresponde a una autoridad judicial.

Han sido varios los conceptos dentro de los cuales podemos encontrar Concepto 033617 del 3 de julio de 2009; Concepto 36022 del 15 de julio de 2009; Concepto 38565 del 28 de septiembre de 2010; Concepto 56 del 24 de abril de 2012; Concepto 134 del 1 de octubre de 2014, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familia, a través de su oficina asesora jurídica, ha expedido con relación a la sanción de arresto a que se refiere el artículo 55, en los cuales ha concluido que cuando la sanción de multa en la cual la multa constituye, por regla general, una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste como lo dispone la Sentencia C – 390 (2002). Que imponga el Defensor de Familia, con ocasión al incumplimiento de las obligaciones impuestas con la medida de restablecimiento de derechos (Art. 53) de amonestación (Art. 54) se convierta en arresto, la decisión la debe tomar el Defensor de Familia mediante resolución motivada solicitando a la autoridad judicial, juez de familia o promiscuo de familia, civil municipal o promiscuo municipal, que dicte tal medida. Ello en virtud del mandato constitucional (Art. 28) que establece que nadie puede ser reducido a prisión o arresto sino en virtud de mandamiento escrito de

autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

También se advierte en la Ley de la Infancia y la Adolescencia, como función administrativa sancionadora a cargo del Defensor de Familia, la establecida en el párrafo del artículo 104 que dispone:

El defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán sancionar con multa de uno a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, a los particulares que rehúsen o retarden el trámite de las solicitudes formuladas en ejercicio de las funciones que esta ley les atribuye. Si el renuente fuere servidor público, además se dará aviso al respectivo superior y a la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, el numeral 3 del artículo 81 del Código de la Infancia y la Adolescencia en donde se destaca:

Son deberes del Defensor de Familia: (...) 3. Prevenir, remediar y sancionar, por los medios que señala la ley, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

(Art. 81)

Allí se establece potestad sancionadora a cargo del Defensor de Familia, inclusive erigiéndolo como uno de sus deberes. Esta disposición hace referencia a la función administrativa sancionatoria que tiene la autoridad competente, la cual hace una remisión indeterminada a otra

norma, pues no establece cual es la ley a la cual remite. Sin embargo, el artículo 4 parágrafo 6 la ley 1878, del 9 de enero el 2018, que modificó el Código de la Infancia y la Adolescencia dispuso que ante cualquier vacío jurídico deberá remitirse a lo reglamentado en la legislación procesal civil vigente.

El Código General del Proceso Ley 1564 del 12 de julio de 2012, establece en su artículo 43 los medios para sancionar toda tentativa de fraude procesal y los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, por esta razón el numeral 3 del artículo 81 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia es una norma de remisión tácita.

2.3. Función de policía.

Dado que el Código de Infancia y Adolescencia señala en el numeral 4 del art. 82 que el Defensor de Familia ejerce en sentido estricto funciones de Policía señaladas en la misma codificación, para lo cual es preciso entrar a establecer si dichas funciones corresponden a la de policía judicial o de función de policía propiamente dicha.

La definición de función de policía que establece el art. 16 de la ley 1801 (Congreso de la República de Colombia, 2016), señala que “consiste en la facultad de hacer cumplir las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía, mediante la expedición de reglamentos generales y de acciones apropiadas para garantizar la convivencia. Esta función se cumple por medio de ordenes de policía”, a partir de esta definición podemos manifestar que la función de

policía a la que hace referencia la mencionada no corresponde a las funciones asignadas al Defensor de Familia.

Igualmente, el art. 200, inciso 3 de la ley 906 (Congreso de la República de Colombia, 2004), señala que “por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del estado para apoyar la investigación penal y, en el ejercicio de las mismas dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados”, concordante con lo establecido en la (<http://www.alcaldiabogota.gov.co>, 2004), cuando señaló:

Es la función de policía judicial un elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. Ha de desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por ministerio de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público.

A partir de lo señalado por la Corte, el ejercicio de la función de policía judicial hace parte del ámbito de la función jurisdiccional del Estado y es una herramienta necesaria en la investigación judicial; de lo que se puede inferir que la función de policía dispuesta en el numeral 4 del artículo 82, para el Defensor de Familia corresponde la función de policía judicial, teniendo en cuenta el poder de investigación que le ha atribuido el legislador en el artículo 104 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

No se puede confundir la función policía judicial con la función de policía administrativa como lo señala Libardo Rodríguez (Rodríguez L. R., Derecho Administrativo General y Colombiano. Tomo II, 2017):

en la práctica a veces es difícil la distinción, sobre todo porque en muchas ocasiones las dos clases de policía las ejercen unos mismos funcionarios... la importancia de verificar la diferencia consiste en que según se trate de una u otra clase de policía, la actuación tendrá naturaleza administrativa o jurisdiccional

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-506 (1992), diferenció la policía administrativa de la policía judicial, así:

La diferencia sustancial entre la policía administrativa y la judicial está en que la primera, tiene una función preventiva, ya que busca evitar el desorden o que éste se agrave, la judicial, como colaboradores de la jurisdicción penal tienen por objeto comprobar la comisión de delitos, identificar autores y reunir las pruebas necesarias para que aquella jurisdicción actúe.

El Código de Infancia y Adolescencia establece que cuando el Defensor de Familia tenga conocimiento de la afectación de derechos que la constitución y la ley reconocen a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación administrativa en la cual deberá ordenar, entre otras cosas, en su providencia de apertura “la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente” (Art. 99), por tanto le corresponde al Defensor de Familia

adelantar la investigación que procure y promueva la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los menores de edad cuando tiene conocimiento de situaciones de hecho que dañen y pongan en riesgo sus derechos.

El artículo 104 de la misma Ley 1098 de 2006 dispone que el Defensor de Familia:

Con miras a la protección de los derechos reconocidos en este código, los Defensores de Familia, el comisario o, en su defecto, el inspector de policía podrá comisionar a las autoridades administrativas que cumplan funciones de policía judicial para la práctica de pruebas fuera de su sede, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil.

Las disposiciones jurídicas dejan entrever que las autoridades administrativas instituidas en la ley de infancia y adolescencia para establecer derechos de los niños, las niñas y los adolescentes están investidas de poder de investigación que se traduce en función de policía judicial para comprobar la comisión de los hechos que afectaron los derechos de los sujetos de protección especial constitucional e identificar a los implicados en la amenaza o vulneración de los mismos, la medida idónea para el restablecimiento de los derechos y en general reunir las pruebas necesarias para adelantar las investigaciones administrativas que permitan el restablecimiento efectivo de los derechos. En virtud del mismo poder de investigación el Defensor de Familia como autoridad administrativa y con el fin de indagar la solvencia económica del obligado a suministrar alimentos, puede solicitar información correspondiente al pagador y a la dirección de impuestos y aduanas nacionales (Art. 104) para decretar una medida de restableciendo de derechos que satisfaga el derecho alimentario (Art. 24).

En materia de allanamiento y rescate el Código de la Infancia y la Adolescencia, disponen:

Siempre que el defensor de familia...tenga inicios de que un niño, una niña, o un adolescente se hallan en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria.

Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite.

Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite.

De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta. (Art. 106)

Esta disposición jurídica tuvo control de constitucionalidad en la Sentencia C-256 de 2008, en la cual la Corte Constitucional declaró su exequibilidad y determinó las circunstancias que permiten la práctica de allanamiento con fines de rescate cuando un niño, una niña, o un adolescente se halle en situación de peligro, señaló en la misma Sentencia C-256 (Corte Constitucional, 2008), la posibilidad de diferenciar tres circunstancias graves que originan el ingreso de las autoridades administrativas a un domicilio ajeno, para rescatar a un menor de dieciocho años por encontrarse en una situación de peligro que ponga en riesgo su vida o integridad personal (i) eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; (ii) cuando el menor solicite auxilio; y (iii) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva.

Las dos primeras circunstancias, per se, constituyen hechos que objetivamente indican que la vida del menor de edad o su integridad personal están en riesgo por esas situaciones de peligro grave, y que demandan la necesidad del ejercicio de funciones por las autoridades de familia, con una urgente intervención, utilizando para ello como medio, la facultad de ingresar al domicilio ajeno para realizar el rescate del sujeto de protección especial, en busca de garantizar su vida y la salvaguarda de su integridad. El ingreso al domicilio tiene el propósito específico de rescatar al menor de edad y no puede desviarse a otra finalidad, ni tener una duración de tiempo superior al necesario para el fin, de tal manera que, la limitación al derecho a la inviolabilidad de domicilio no resulta desproporcionada ante el mayor peso constitucional que representa el asegurar la protección oportuna y efectiva del menor de edad en situación de peligro.

Situación diferente es la circunstancia que pone en peligro la vida o la integridad del sujeto de protección especial, a partir de la supuesta ocurrencia de una conducta delictiva al interior de un domicilio donde el niño, niña o adolescente es víctima. En estos casos no se cuenta con un elemento externo, que permita valorar objetivamente la procedencia del medio para alcanzar el fin como si sucede en las dos primeras circunstancias; aquí, teniendo en cuenta que el hecho llega a conocimiento de la autoridades de familia por peticiones de terceros, es necesario entrar a analizar la seriedad y credibilidad, antes de proceder al allanamiento con fines de rescate, sin perder de vista los criterios orientadores de prelación a la finalidad de protección del menor de edad y la primacía de sus derechos para determinar la necesidad de la aplicación de la medida de allanamiento como medio para materializar el rescate.

En esta circunstancia, tanto el Defensor como el Comisario de Familia, deben evaluar la seriedad de los indicios presentes, y la urgencia de protección por el peligro para la vida o la integridad del menor de edad. Así mismo, debe informar a la Fiscalía sobre la presunta configuración del delito en contra de un niño, niña o adolescente en aras de procurar la colaboración y accionar armónico en el marco de las respectivas competencias durante el allanamiento con fines de rescate; sin embargo, las autoridades de familia, luego de valorada la gravedad del peligro, a partir de los indicios con los que cuentan, pueden optar por decidir realizar el rescate con fines eminentemente preventivos e informar posteriormente al ente investigador.

Lo referido por la Corte Constitucional permite manifestar las condiciones en las cuales se puede realizar el allanamiento de manera excepcional irrumpir el domicilio atendiendo a un valor superior, como es la vida y la integridad personal de un niño, una niña o un adolescente como sujeto de protección especial al cual le asisten los principios de interés superior y prevalencia de sus derechos. Por consiguiente el menor de edad rescatado en la diligencia de allanamiento, constituye en sí mismo el fin al cual se le brindará la protección necesaria y al cual se le realizara la verificación de garantías de derechos como lo establece el Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 52.

Para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de derechos, en el marco de la actuación administrativa de investigación en la cual el defensor de familia puede ordenar al equipo técnico interdisciplinario que rinda dictamen pericial para la averiguación de los hechos que causaron la afectación de los derechos (Art. 100); de igual manera puede la autoridad

administrativa con funciones de policía judicial formular denuncia penal cuando se advierte que el niño, la niña o el adolescente ha sido víctima de un delito.

2.3.1. Función conciliatoria.

El Defensor de Familia ejerce en sentido estricto la función de conciliatoria, la cual ha sido vinculada al ordenamiento jurídico colombiano como un instrumento al que los particulares pueden acceder para resolver sus controversias a partir del diálogo directo con la anuencia de un tercero hasta llegar a un acercamiento y/o acuerdo en sus pretensiones. Como lo manifiesta la Sentencia T-1195 (Corte Constitucional, 2001), se trata de “un espacio de dialogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto”, que “contribuye a la consecución de la convivencia pacífica, uno de los fines esenciales del Estado”, pero a su vez, este instrumento, persigue sus propios fines, a saber:

- (i) Garantizar el acceso a la justicia;
- (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas;
- (iii) estimular la convivencia pacífica;
- (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas;
- y (v) descongestionar los despachos judiciales

La ley ha definido la conciliación como un Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos (MASC), así lo estableció la ley 446, en su “art. 64. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la

solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”

Conforme a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270/96. Modificada por la Ley 1285 de 2009), este mecanismo alternativo de resolución de conflicto puede ser operado por las autoridades administrativas, así lo dispuso en su art. 8 modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 (Congreso de la República de Colombia, 2009), así:

Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes.

El legislador le ha asignado al Defensor de Familia la función pública de fungir como conciliador, lo que ha permitido desempeñar esta función con fundamento en diferentes disposiciones jurídicas, como la ley 23 (Congreso de la República de Colombia, 1991) preceptuó:

Podrá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial, o durante el trámite de éste, la conciliación ante el Defensor de Familia competente, en los siguientes asuntos:

- a) La suspensión de la vida en común de los cónyuges;
- b) La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores;
- c) La fijación de la cuota alimentaria;
- d) La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico;

e) La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, y

f) Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales.

Parágrafo 1. La conciliación se adelantará ante el Defensor de Familia que corresponda, teniendo en cuenta la asignación de funciones dispuesta por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Parágrafo 2. Estas facultades se entienden sin perjuicio de las atribuciones concedidas por la ley a los notarios.

Lo mismo en su Decreto 1818 de 1998 (Donde dispone Estatuto de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflicto en Colombia), Ley 640 de 2001 donde cita textualmente:

Conciliación extrajudicial en materia de familia. 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. (Art. 31)

Del mismo modo la Ley 1098 de 2006, que podrán:

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. (Art. 82. 8)

En consecuencia el Código de la Infancia y la Adolescencia, expresamente atribuye al Defensor de Familia la categoría de autoridad Administrativa conciliadora, y le autoriza ejercer su función de conciliador, operando el Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos denominado Conciliación, en virtud de lo cual, se busca contribuir al alcance de los fines de nuestro Estado Social de Derecho. Esta función de conciliación del Defensor de Familia en sentido lato es una función administrativa, pero en sentido estricto es una función conciliatoria de la gama de sus funciones públicas.

2.4. Función Jurisdiccional Excepcional del Defensor de Familia.

La ley no establece con precisión las funciones jurisdiccionales a cargo del Defensor de Familia, donde varias de ellas se enmarcan como funciones administrativas al no distinguirse en la relación que hace el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Las

disposiciones jurídicas se limitan a señalar funciones públicas a cargo de esta autoridad administrativa, que dejan entrever la posibilidad del sentido estricto del carácter jurisdiccional de alguna de ellas, por esta razón surge la necesidad de establecer, a partir de las reglas, subreglas, conceptos y definiciones expuestos en acápites anteriores, si el defensor de familia ejerce funciones jurisdiccionales excepcionales, para establecer estas funciones y los trámites en los cuales las ejerce.

En comienzo se puede señalar que la naturaleza administrativa del Defensor de Familia determina que su función pública se ejerce únicamente en la franja de la función administrativa, ello además en razón a que su actividad se desarrolla en una dependencia (Ley de la Infancia y la Adolescencia, art. 79) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que se denomina Defensoría de Familia y justamente la naturaleza de aquel establecimiento público (Ley 75 de 1968) arrastra y empodera esta determinación. Dicha dependencia jerárquica dentro de la estructura administrativa restringe la idea del ejercicio de la función jurisdiccional de esta autoridad, haciéndola nugatoria, por la inoperancia del principio de imparcialidad e independencia. La situación toma más fuerza si tenemos en cuenta el déficit análisis y atención en el asunto, que se concrete en el estudio sobre las funciones que corresponden al del Defensor de Familia (Ley de la Infancia y la Adolescencia, art. 82) que nos permita establecer si este desarrolla o no funciones jurisdiccionales.

La ley de la infancia y la adolescencia no dispone que el Defensor de Familia como autoridad administrativa ejerce función jurisdiccional, sin embargo, se advierte que en el ejercicio de sus

competencias, algunas se acercan al contenido de la función jurisdiccional como se ha venido explicando.

En estos momentos del desarrollo del trabajo, es preciso presentar las diferencias entre el acto administrativo que profiere el defensor de familia en sus decisiones administrativas y el acto jurisdiccional que profiere la autoridad judicial en sus decisiones judiciales, en efecto la Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1998, expuso que concurren elementos formales que permiten acentuar una distinción entre ambos tipos de decisiones; en primer lugar, en sus efectos, ya que el acto administrativo no tiene la cualidad de cosa juzgada, razón por la cual puede ser revocado aun estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada; por el contrario, el acto jurisdiccional es definitivo, y una vez definidos los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios, es irrevocable.

En segundo lugar, se distinguen por la naturaleza del sujeto que los produce, en este orden, cuando al funcionario le asiste las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad, el acto es judicial o propio de un juez, significa esto que, la ley determina previamente al juez natural, quien debe ser ajeno a las partes involucradas en el litigio para garantizar su imparcialidad, aplica el derecho y goza de independencia, no está sujeto a las orientaciones de sus superiores o instrucciones de otros poderes públicos, cuenta con estabilidad adecuada que lo hace inamovible para ejercer esa independencia y autonomía; en sentido contrario, el funcionario que produce el acto administrativo carece de algunas de esas características. En tercer lugar, se diferencian desde la óptica constitucional, pues el acto administrativo contiene una decisión de naturaleza no definitiva y el acto jurisdiccional una de carácter definitivo. (Sentencia C-189, 1998).

Previo a establecer si el Defensor de Familia cuenta con estos rasgos como autoridad administrativa para definir si ejerce además de las funciones administrativas, funciones jurisdiccionales, a partir de esta diferenciación que hace la Corte, es preciso hacer un análisis de la función jurisdiccional como actividad del Estado y del principio constitucional de excepcionalidad, toda vez que del estudio y análisis de las disposiciones jurídicas arriba mencionadas, se desprende una gama de competencias o potestades específicas y diferentes susceptibles de ser escudriñadas en su contenido y alcance, para determinar el carácter de su función pública.

2.4.1. La Función jurisdiccional como actividad del Estado.

La función jurisdiccional es una actividad del Estado por regla general a cargo de los jueces de la República, autores (Perdomo & Molina Betencurt, 2016) manifiestan “dentro de las tres funciones del Estado la legislativa se concibe como la encaminada a la producción de la ley, la administrativa a la ejecución de esta, y la judicial a la solución de los conflictos entre los particulares y de estos con las entidades estatales”

En Colombia ejercen Función jurisdiccional: La Corte Constitucional; El Consejo Superior de la Judicatura; La Corte Suprema de Justicia; El Consejo de Estado; La Fiscalía General de la Nación; tribunales y juzgados; Las autoridades indígenas; Los Jueces de Paz; Por excepción el Congreso, algunas autoridades administrativas y los particulares investidos transitoriamente de la función judicial. (Constitución Política de Colombia, 2014)

La función jurisdiccional, es una actividad, es el ejercicio del específico poder-deber el cual se plasma también en actos concretos con referencia a una conducta determinada, desplazada en la vida por un preciso y singularizado sujeto; el juez en su actividad jurisdiccional juzga y decide aplicando los actos regla del ordenamiento jurídico positivo a la hipótesis concreta de conducta humana que se somete a su consideración; esa es la actividad y la desarrolla por medio de un proceso.

La actividad de la función jurisdiccional es una función pública que se desarrolla ante la administración de justicia a través de actuaciones procesales como lo expresa la Ley 270 (Congreso de la República de Colombia, 1996) en su:

Artículo 1°. Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

Como lo indicamos, la Constitución Política de 1991, en el art. 116 establece quienes ejercen función jurisdiccional en Colombia, señalando que excepcionalmente la ley podrá establecer función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Por su parte la ley estatutaria de la administración de justicia –Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009- la cual desarrolla la disposición constitucional estableciendo quienes administran justicia en Colombia a través de la función pública jurisdiccional, cuando expresa el artículo 6 que modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996:

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

...2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal; y

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

La ley estatutaria de administración de justicia determina las autoridades que ejercen la función jurisdiccional, estableciendo que cuando las autoridades administrativas ejercen esta función para resolver conflictos entre particulares, de acuerdo a la competencia y procedimiento dispuesto en la ley, de ninguna manera estas funciones se atribuirán para adelantar instrucciones o juicios de naturaleza penal. Así mismo la actuación como conciliador o árbitro que disponga el legislador para los particulares constituye función jurisdiccional.

Por regla general la función pública de administrar justicia está dada a las autoridades judiciales, quienes tienen a cargo el ejercicio activo de la función jurisdiccional dirigida a

garantizar los derechos y libertades y mantener la convivencia pacífica y una paz estable y duradera. Sin embargo, como en toda norma de derecho, se establecen excepciones que permiten dinamizar los derechos, es decir, imprimirle celeridad e intensidad en su materialización, en este caso, la excepción aplica a la función jurisdiccional para optimizar su ejercicio al extender su titularidad por vía de excepción a los particulares y/o autoridades administrativas para que también ejerzan esta función pública de administrar justicia y garanticen derechos y libertades de los ciudadanos en aras de mantener un orden justo que permita mantener la concordia nacional

2.4.2. Principio de Excepcionalidad.

Este principio que encuentra fundamento en el art.116 de la Constitución Política y en la ley estatutaria de administración de justicia 270 de 1996, en su artículo 13, mencionado anteriormente, y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia en sus sentencias mencionadas a continuación: Sentencia C-592 de 1992, C-212 de 1994, C-037 de 1996, C-384 de 2000, C-1143 de 2000, C-1141 de 2000, C-649 de 2001, C-1071 de 2002 C-896 de 2012, C-436 de 2013 y la C-156 de 2013; de la Corte Constitucional.

El Tribunal Superior Constitucional en la Sentencia C- 156 (2013) ha señalado los tres momentos en que la jurisprudencia ha desarrollado el principio de excepcionalidad, donde define las condiciones que permiten el ejercicio de la función jurisdiccional excepcional por parte de las autoridades administrativas, los cuales son, en el primer momento:

La condición de excepcionalidad se cumple, en primer término, mediante la satisfacción de dos condiciones: la reserva de ley en la asignación de esas funciones (que puede ser satisfecha también mediante la promulgación de decretos con fuerza de ley), y la precisión en la regulación legislativa.

La excepcionalidad se garantiza por residualidad mediante la reserva de la ley, puesto que, el principio de división de poderes con base en el art. 116 Constitucional, establece que “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”, existiendo la posibilidad de ejercer la función pública de administrar justicia a través de órganos y autoridades judiciales, los particulares en condición de jurados en las causas criminales, conciliadores y árbitros en los términos que determine la ley. También determinadas autoridades administrativas en materias precisas por atribución de la ley. Dicho de otra forma, en comienzo la función jurisdiccional o judicial les asiste a las autoridades judiciales, sin embargo, de manera residual esta función es asignada a las autoridades administrativas y particulares a través del principio de excepcionalidad que se materializa con la reserva de la ley y la precisión en la regulación legislativa, esto con fundamento en las atribuciones que la Constitución Política le asigna al Congreso de la República, en su art. 150.

Segundo momento:

la asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas deberá realizarse de manera que se garantice la independencia, autonomía e imparcialidad del juzgador, como se evidencia, principalmente, en el conjunto de decisiones adoptadas entre los años 2000 y 2002 (supra, fundamento 2.2), en las que se destacó la importancia de interpretar el

artículo 116 no sólo en relación con el 113, sino además, de manera acorde con los mandatos de los artículos 29 y 228 de la Constitución Política; 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En términos más precisos, la obligación de asegurar que el desarrollo legislativo del artículo 116 Superior sea compatible con (i) la división de funciones entre las ramas del poder público, como lo manifiesta el art. 113 de la Constitución Política; (ii) el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, como lo expresa el art. 229 de la Constitución Política; (iii) el debido proceso, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política; y (iv) las garantías judiciales, entre las cuales cabe destacar para el asunto objeto de estudio, el derecho a ser juzgado por un funcionario autónomo, imparcial, independiente, competente y previamente definido en la ley (juez natural). (Sentencia C-156 de 2013). Todo lo anterior concordante con el artículo 93 de la Constitución Política o bloque de constitucionalidad.

La excepcionalidad en su realización exige para su ejercicio los principios de la imparcialidad, la independencia y la autonomía judicial, que se concreta en las subreglas siguientes: (i) que la autoridad a la que se atribuyen funciones jurisdiccionales no conozca en sede judicial de asuntos en los que previamente haya intervenido como autoridad administrativa; (ii) que el ejercicio de las funciones administrativas no vicie su imparcialidad como juez; (iii) que en el interior de la institución correspondiente se encuentren definidas y separadas las funciones jurisdiccionales de aquellas de naturaleza administrativa; y (iv) que la estructura del

organismo no conlleve una sujeción jerárquica en aquellas materias objeto de la citada asignación de funciones jurisdiccionales Sentencia C-1038 (2002).

Las subreglas fijadas por la Corte Constitucional ratifican el principio de excepcionalidad de la función jurisdiccional por autoridades administrativas, estableciendo unos mandatos jurisprudenciales orientados a garantizar la autonomía, imparcialidad e independencia de las autoridades que excepcionalmente administran justicia. Estas subreglas son analizadas con mayor profundidad en el subtema rasgos de la función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia.

Previamente a estas subreglas señaladas por la Corte Constitucional para determinar el aseguramiento del principio de imparcialidad e independencia, por parte de las autoridades administrativas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, el mismo Tribunal en la Sentencia C-896 (2012), había expresado que este principio supone las siguientes tres reglas:

- (i) En el evento de que resulte posible diferenciar claramente y no exista riesgo alguno de interferencia entre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales y el ejercicio de las funciones administrativas desarrolladas por la autoridad correspondiente -relacionadas con la materia objeto de juzgamiento-, la disposición que asigna las competencias jurisdiccionales será constitucionalmente admisible.
- (ii) En el evento en que las funciones administrativas y jurisdiccionales se encuentren tan estrechamente ligadas que no sea posible diferenciar -o eliminar- el riesgo de interferencia

en el ejercicio de unas y otras en la entidad administrativa correspondiente, la disposición que atribuye las funciones jurisdiccionales será inconstitucional.

(iii) En el evento en que las funciones administrativas y jurisdiccionales impliquen un riesgo de confusión o interferencia pero sea posible, desde el punto de vista jurídico y práctico, superar tales riesgos de confusión o interferencia, la disposición que atribuye las funciones será constitucional bajo la condición de que se eliminen tales riesgos.

Tercer momento, lo constituye la Sentencia C-896 de 2012, cuando hizo una concreción del art. 116 de la Constitución Política, señalando:

(i) Que el Legislador no cumplió el requisito de precisión en la asignación de funciones debido a la vaguedad de la atribución de competencias conferidas a través del artículo 80 de la Ley 1480 de 2011 (ya citado), la Corte (ii) estimó que tal vaguedad impedía realizar el juicio de imparcialidad y autonomía propuesto en las decisiones de los años 2000 y 2002, como presupuesto necesario para garantizar la eficacia simultánea de los artículos 29, 228 y 116 de la Carta. Y, además de todo ello, (iii) consultando lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley 1285 de 2009 (por la cual se modificó la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia), el Tribunal precisó que la asignación de competencias debe respetar el principio de *asignación eficiente de funciones jurisdiccionales*.

La Corte Constitucional en el tercer momento del desarrollo jurisprudencial del principio de excepcionalidad, señaló el principio de asignación eficiente de funciones jurisdiccionales, el cual indica que no toda función jurisdiccional puede ser atribuida a cualquier autoridad

administrativa, debe existir una relación de afinidad entre las funciones jurisdiccionales conferidas por la ley y aquellas que normalmente desarrolla la autoridad administrativa, dicha relación de afinidad es una condición de validez para la adscripción de funciones jurisdiccionales, así la competencia se defina con precisión en la ley y se verifique la independencia y autonomía del juzgador administrativo.

De otra parte, agregó la Corte que para el correcto cumplimiento del principio de eficiencia, es necesario que la ley que confiere la competencia para el ejercicio de función jurisdiccional por autoridad administrativa, defina claramente la dependencia o funcionario titular de esa función, de lo contrario será imposible establecer si la voluntad del legislador cumple el criterio del principio de asignación eficiente.

Para evaluar correctamente el cumplimiento de este requisito del principio de eficiencia es necesario que la ley que confiere esa competencia defina claramente cuál será la dependencia o el funcionario de adelantar esas funciones, de no ser así será imposible verificar si la decisión del legislador satisface el criterio de asignación eficiente de función jurisdiccional a autoridad administrativa Sentencia C-844 (2011).

El artículo 3 de la Ley 1285 (Congreso de la República de Colombia, 2009), modificatoria de la Ley 270 de 1996, en desarrollo del artículo 116 constitucional, establece la competencia legislativa para la asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas mediante disposiciones con fuerza de ley, donde se prescribe las competencias, la determinación

de las garantías al debido proceso y la fijación de todas las condiciones necesarias para proteger de forma apropiada los derechos de las partes. Así mismo, la atribución jurisdiccional que se otorgue a la autoridad administrativa debe contener los presupuestos de excepcionalidad y precisión. Del primero, manifiesta la Sentencia C-156 (2013) de la Corte Constitucional que sea “(i) un mandato de interpretación restrictiva de las normas que confieren este tipo de facultades” y (ii) un mandato de definición precisa de las competencias y las autoridades encargadas de ejercerlas”. En cuanto al segundo, la misma sentencia señala que “de este mandato de definición precisa se deriva el deber del legislador de establecer competencias puntuales, fijas y ciertas”. Y atendiendo lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 1285 de 2009, la sentencia en mención establece el “carácter excepcional implica (iii) un mandato de asignación eficiente conforme al cual la atribución debe establecerse de manera tal que los asuntos sometidos al conocimiento de las autoridades administrativas puedan ser resueltos de manera adecuada y eficaz”.

El principio de excepcionalidad confirma la regla general del ejercicio de la administración de justicia por la rama jurisdiccional como encargada de la titularidad de esta actividad del Estado; pero también establece el ejercicio de esta actividad a algunas autoridades administrativas de la rama ejecutiva para que funjan como operadores judiciales excepcionales. Este principio rompe la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la administración de justicia, sin despojarla de su titularidad dominante en el ejercicio de esta función.

2.4.3. Características del Ejercicio de la Función Jurisdiccional por Autoridades Administrativas.

Para identificar los elementos que delimiten esta parte del trabajo, el cual se soporta, en lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Política, el art. 24 del Código General del Proceso y las Sentencias C-896 (2012) y C-156 de 2013 que recogen la línea jurisprudencial que sobre el tema del ejercicio de la función jurisdiccional por autoridades administrativa ha desarrollado la Corte Constitucional.

En consecuencia se puede mencionar como características del ejercicio de la función jurisdiccional por autoridades administrativa las siguientes:

Constitución Política.

- Excepcional
- Reserva de ley
- Materias precisas.
- Juez natural

Código General del Proceso

- Competencia a prevención o no excluyente
- Asuntos determinados.
- Inmediación en la realización del acto.
- Habilitación para el ejercicio de las funciones.
- Materias precisas.

- Providencias no impugnables ante la jurisdicción contenciosa administrativa.
- Ejercicio en asuntos de primera instancia y de única instancia.
- No exigencia del derecho de postulación.
- Competencias especiales en otras leyes.

Sentencias de la Corte Constitucional.

- Reserva de la ley
- Precisión de regulación legislativa
- Independencia, autonomía e imparcialidad del juzgador
- Mandato de asignación eficiente de funciones
- Interpretación restrictiva de la norma que confiere la facultad.

Estas características admiten identificar los presupuestos que la constitución, la ley y la jurisprudencia han establecido, a partir de las reglas y subreglas en el ejercicio excepcional de la función jurisdiccional, en efecto, con fundamento en ellas, se pueden distinguir: la norma que atribuye las funciones, las competencias específicas, la autoridad administrativa en particular, el trámite especial, la identificación de la dependencia o autoridad, la afinidad del ejercicio administrativo con la asignación de la función jurisdiccional, precisando de esta manera cuando nos encontramos ante el ejercicio efectivo de la función jurisdiccional a cargo de la autoridad administrativa.

Los presupuestos señalados permiten identificar las autoridades administrativas con competencia para el desarrollo de la actividad de administrar justicia en materias precisas en el ejercicio efectivo de la función jurisdiccional; de tal forma, que la ausencia de uno de ellos obstruye la determinación del administrador de justicia excepcional e impide el cumplimiento de esta función a cargo de la autoridad administrativa correspondiente.

2.4.3.1. Rasgos de la Función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia.

En la Sentencia C-189 (1998) recoge los rasgos previstos por la Constitución y la ley que deben estar presentes para el ejercicio de la función pública de carácter jurisdiccional excepcional a cargo de las autoridades administrativas, por tanto es preciso establecer si el Defensor de Familia cumple en sentido estricto esta función, para ello se analizará cada uno de los rasgos, así:

Juez Natural. Con relación a este primer rasgo, la Ley de la Infancia y la Adolescencia ha establecido un procedimiento administrativo y unas reglas especiales en las cuales ha asignado al Defensor de Familia la calidad de autoridad administrativa competente (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 96.) para procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos (Art. 50) de los niños, las niñas y los adolescentes reconocidos en los tratados internacionales, en la constitución Política y en la ley. Por consiguiente, el Defensor de Familia como autoridad pública tiene la obligación de restablecer los derechos (Art. 51) de los menores de edad como sujetos de protección especial, ello a partir de la cláusula general de competencias

dispuesta en el art. 96 de la Ley 1098 de 2006 que además lo enarbola como el juez natural⁶, aunque no exclusivo, en esta actividad pública.

Con la finalidad de demostrar el rasgo de juez natural que le asiste al Defensor de Familia, el art. 29 de la constitución Política dispone que el derecho fundamental del “debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”, lo que implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante un juez o tribunal competente y con observancia a las formas propias de cada juicio.

En la aplicación del debido proceso en las actuaciones administrativas la Corte Constitucional en la Sentencia C-034 (2014), ha señalado que existen unas garantías mínimas previas como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos, imparcialidad, autonomía e independencia; y unas garantías mínimas posteriores y para controvertir la validez jurídica de los actos administrativos a través de los medios de impugnación por vía administrativa y los medios jurídicos de defensa por vía judicial.

⁶ Un aspecto inherente al debido proceso que el juzgamiento solo lo puede hacer un juez o tribunal competente, lo que obliga a que se trate de una autoridad habilitada para tal fin, la cual también debe haber estatuido la ley con anterioridad a los hechos que van a ser objeto de pronunciamiento.

Debe entenderse que este concepto de juez o tribunal en materia administrativa se corresponde con el denominado juez natural, el cual no puede ser otro que aquel que ha sido erigido por la ley para adelantar los trámites y los procedimientos, así como para imponer las medidas que estén autorizadas. Por esta razón, no parece tener sustento que la actuación la pueda asumir un servidor público ad-doc., designado para tramitar el caso, y menos que pueda erigirse con posterioridad a la ocurrencia del hecho.

Conviene advertir que por tratarse de asuntos de naturaleza administrativa, cuando la disposición se refiere a juez o tribunal debe entenderse que para estos efectos corresponde a funcionario o autoridad administrativa competente.

Imparcialidad. El segundo rasgo surge de la imparcialidad que debe tener el Defensor de Familia al momento de decretar sus decisiones, como se establece en el art. 81, numeral 2 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando manifiesta “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga” este mandato legal impone el deber a esta autoridad administrativa de guardar imparcialidad frente a las partes.

Uno de los principios constitucionales de la función administrativa es la imparcialidad, dispuesto en el art. 209 de la norma superior por lo cual las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones con fundamento en él, para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Corte Constitucional frente al principio de la imparcialidad por parte de las autoridades judiciales, señaló en la Sentencia C-496 (2016), que este se refiere al derecho fundamental de la igualdad previsto en el art. 13 de la Constitución política que permite a todos los ciudadanos no sólo el acceso a la administración de justicia sino además a la garantía de un trato uniforme, digno y equitativo por parte de los operadores judiciales a quienes les asiste la responsabilidad de garantizar la moral y la ética en sus actuaciones por la vigencia de los derechos y la dignidad de la justicia.

Independencia. El tercer rasgo surge de la independencia que debe tener la autoridad para la toma de decisiones, al respecto el Código de la Infancia y la Adolescencia deja entrever en su art. 53 que el Defensor de Familia como operador jurídico goza de discrecionalidad administrativa para tomar medidas de restablecimiento de derechos en favor de los niños, las niñas y los adolescentes. Así mismo el art. 81 del mismo código prevé en su numeral primero que es deber del Defensor de Familia “dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas

conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran” igualmente existen otros deberes a cargo del Defensor de Familia en su función de decisor jurídico que ponen de presente su facultad de independencia como lo dispuesto en el numeral tercero del mismo artículo, el cual reza “prevenir, remediar y sancionar, por los medios que señale la ley los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal”. Lo dispuesto en el numeral cuarto del mismo artículo “emplear las facultades que esta ley le otorga en materia de pruebas, siempre que estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”. El numeral quinto del mismo artículo dispone, “guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta...” El numeral seis del mismo artículo, señala que es deber del Defensor de Familia “dictar las providencias dentro de los términos legales, resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal, fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas”.

A partir de estos deberes legales del Defensor de Familia se puede afirmar con alto grado de certeza que esta autoridad administrativa como director del proceso administrativo especial de restablecimiento de derecho goza de independencia para dirigir la actuación administrativa, decretar las pruebas que considera necesarias y tomar la decisión que ponga fin al proceso, igual rasgo del que goza una autoridad judicial para emitir sus decisiones

Sobre el principio de independencia la Corte Constitucional en Sentencia C-496 de 2016 expresó:

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, [...] a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales.

Sobre la independencia del Defensor de Familia la Oficina Asesora Jurídica según Decreto 987 de (Presidencia de República de Colombia, 987) de 2012: “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se determinan las funciones de sus dependencias”; del ICBF en concepto número 77 (ICBF, 2014), para resolver el problema jurídico de quien es el superior jerárquico y jefe inmediato del Defensor de Familia, concluyó en el:

Numeral segundo. El Defensor de Familia, carece de superior funcional, de conformidad con lo señalado en los artículos 81, 82 y 100 de la Ley 1098 de 2006, en los que se indica que este funcionario es director del proceso y sus providencias son actos administrativos ante los cuales solo procede el recurso de reposición.

La independencia del Defensor de Familia es un rasgo presente en el ejercicio de sus funciones como operador jurídico relacionado con cada una de sus actividades que desarrolla en el marco de sus competencias y que está definido en la ley.

Estabilidad. El cuarto rasgo de inamovilidad, tiene que ver con el ejercicio de las funciones públicas del Defensor de Familia a partir de la activación de la competencia territorial (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 96) que le permite gozar de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía. De esta forma ni siquiera su superior jerárquico administrativo puede retirarle de su conocimiento un proceso salvo por causales de ley como el régimen de impedimentos y recusaciones. Al respecto la Oficina Asesora del ICBF en cumplimiento de las funciones asignadas en el Decreto 987 de 2012, mediante concepto número 31093 (ICBF, 2011) de 2011, concluyó:

El Director Regional tiene la competencia para determinar la estructura de los Centros Zonales, pero no de cambiar la competencia otorgada por la ley a los Defensores de Familia; en situaciones excepcionales podrá cambiar la radicación de los asuntos a los Defensores de Familia, siempre que ello no implique cambio de la competencia, esto es la territorialidad.

Analizando los momentos establecidos por La Corte Constitucional (Sentencias C- 896 de 2012 y C- 156 de 2013) en materia del ejercicio excepcional de la función jurisdiccional por parte de las autoridades administrativas, encontramos que algunas de las funciones del Defensor de Familia concuerdan con las subreglas que se han consolidado sobre la materia en el desarrollo jurisprudencial. En consecuencia tenemos, que:

i) la reserva de ley en la asignación de esas funciones, la precisión en la regulación legislativa, ii) la asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas garantizando la independencia, autonomía e imparcialidad del juzgador, en concordancia con los mandatos de los artículos 29 y 228 de la Constitución Política; 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y iii) la asignación eficiente de funciones jurisdiccionales; corresponden al ejercicio de funciones excepcionales del Defensor de Familia, ya que la ley le asigna y precisa estas funciones, en el ejercicio de las mismas cuenta con independencia, autonomía e imparcialidad como lo mencionamos previamente, y la asignación legislativa de funciones excepcionales guarda afinidad con las funciones administrativas para el ejercicio de sus competencias.

En cuanto a los rasgos referidos anteriormente para el ejercicio excepcional de la función jurisdiccional por autoridades administrativas, se tiene que las mismas también aplican para el Defensor de Familia, donde analizadas como presupuestos para el ejercicio de algunas de sus funciones se puede deducir que en su conjunto sustentan esta afirmación. Sin entrar a realizar un ejercicio de simplificación de estas características, tenemos las siguientes; características constitucionales: excepcionalidad, reserva de ley, materias precisas, juez natural; las características de la ley: competencia a prevención o no excluyente, asuntos determinados, inmediación en la realización del acto, habilitación para el ejercicio de las funciones, materias precisas, providencias no impugnables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ejercicio en asuntos de primera instancia y de única instancia, no exigencia del derecho de postulación, competencias especiales en otras leyes; y características jurisprudenciales: reserva de la ley,

precisión de regulación legislativa, independencia, autonomía e imparcialidad del juzgador, mandato de asignación eficiente de funciones, interpretación restrictiva de la norma que confiere la facultad.

No es asunto fácil ni claro tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, establecer la diferencia entre la función jurisdiccional y la función administrativa, tal vez esta dificultad ha contribuido con la no determinación de la función jurisdiccional excepcional a cargo del Defensor de Familia y su ejercicio indistinto con la función administrativa. Sobre la diferenciación entre la función administrativa y la función jurisdiccional la Corte Constitucional en la Sentencia C-1038 (Corte Constitucional, 2002) señaló:

La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado, por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, Kelsen -y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes-, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación,

que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción.

La función administrativa y la función jurisdiccional se relacionan con la naturaleza del órgano que la ejecuta, en efecto si la función administrativa es ejercida por un órgano administrativo es este el que determina la naturaleza de aquella; por otro parte, si la función jurisdiccional es ejercida por un órgano jurisdiccional la naturaleza de la primera es asignada por esta última. Para el autor austriaco la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales o materiales, ya que las decisiones sean judiciales o administrativas producen norma singular que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, pues la actividad judicial o administrativa se ejerce en el marco de la ley.

Otros autores han señala que existen criterios materiales y no solo históricos para determinar la diferencia entre la función administrativa y jurisdiccional, al respecto la Corte Constitucional en la misma Sentencia C-1038 de 2002, ha señalado:

Según estas corrientes, mientras los jueces resuelven esencialmente controversias y conflictos con base en una estricta aplicación de la ley, la función propiamente administrativa se relaciona con las diversas labores de ejecución que, específicamente, desarrolla la rama ejecutiva para el cumplimiento de sus fines, para lo cual se reconoce un margen de discreción al funcionario administrativo, quien puede entonces apreciar la

conveniencia y oportunidad de la medida que toma. Habría pues una especificidad material de la función administrativa. Pero incluso para quienes aceptan esta opinión, subsisten muchas dudas y controversias pues estas labores son muy amplias y complejas, por lo cual la doctrina suele diferenciar entre diversas formas de la actividad administrativa.

Según Sentencia C-189 de 1998 expresa que la función administrativa activa es aquella por medio de la cual:

Un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa. Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines.

En virtud del principio constitucional de la colaboración armónica entre entidades del Estado y sus diferentes órganos para alcanzar los fines de este, se considera que el principio de función jurisdiccional excepcional por autoridades administrativas, se articulan para alcanzar los fines del Estado. En consecuencia la colaboración armónica entre entidades y órganos estatales no se agota con la concurrencia de funciones legislativas, judiciales y administrativas, sino además en una concurrencia especial de funciones a partir de un préstamo constitucional de las mismas, que

se soportan para las autoridades administrativas con el principio de función jurisdiccional excepcional donde el Defensor de Familia a partir de los rasgos expuestos ejerce en la práctica esta función.

Dicho lo anterior, es preciso mencionar que en el año 2006 el legislador en el Código de la Infancia y la Adolescencia establece normas sustantivas y procesales, así como algunas facultades que se equiparan a las atribuidas a la autoridad judicial, pero no expresó de manera clara que el Defensor de Familia ejerce funciones jurisdiccionales; sin embargo con el Código General del Proceso instituye al Defensor de Familia como una de las autoridades administrativas que ejerce funciones jurisdiccionales, así lo dispuso la Ley 1564 (<http://www.alcaldiabogota.gov.co>, 2012) en el art. 24, numeral 4:

El Ministerio de Justicia y del Derecho, o quien haga sus veces, a través de la dependencia que para tales efectos determine la estructura interna, podrá, bajo el principio de gradualidad en la oferta, operar servicios de justicia en todos los asuntos jurisdiccionales que de conformidad con lo establecido en la Ley 446 de 1998 sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia han sido atribuidos a la Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Sociedades, así como en los asuntos jurisdiccionales relacionados con el trámite de insolvencia de personas naturales no comerciantes y los asuntos previstos en la Ley 1098 de 2006 de conocimiento de los defensores y comisarios de familia...

Posteriormente la Corte Constitucional mediante Sentencia C-156 de 2013 declara inexecutable este numeral bajo el argumento que el Ministerio de Justicia y el Derecho no puede abrogarse una facultad de asignar función pública jurisdiccional a abogados, pues esta facultad

está reservada a la ley, esta asignación general y no específica, implica un desconocimiento del carácter excepcional que según la Constitución, debe tener la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. La Sentencia C-436 (Corte Constitucional, 2013)⁷ continúa expresando que:

La regla de atribución precisa, derivada directamente del artículo 116 de la Constitución, exige que se delimiten adecuadamente las materias respecto de las cuales podrán ser ejercidas funciones jurisdiccionales y que se indiquen claramente las autoridades administrativas que serán titulares de la competencia para ello.

Cuando en virtud de lo anterior se asignan esas atribuciones.

Sin embargo, refirió la Corte en la misma Sentencia que el Defensor de Familia si le fue atribuido el ejercicio de función jurisdiccional por designación del legislador⁸, lo que nos permite concluir que de las funciones públicas que ejerce el Defensor de Familia, algunas revisten el carácter de función jurisdiccional aunque no existe en la ley de la Infancia y la Adolescencia la condición literal que más tarde formalizó el Código General del Proceso. Por tanto las funciones públicas para restablecer, proteger y garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, no solo se agotan en funciones administrativas, pues la sola omisión del legislador en la ley de la Infancia y la Adolescencia, per se, no niega el reconocimiento de esta realidad que fue reconocida en ley posterior, pero que el guardián de la constitución declara inexecutable por

⁷ Esta Sentencia señala el carácter excepcional que debe tener la atribución de funciones jurisdiccionales de autoridades administrativas, su referencia obedece a la importancia de las subreglas que señaló en este sentido y no por su situación fáctica.

⁸ Como lo menciona la Sentencia C-156 de 2013, numerales 1.2.6, 1.2.7, 1.2.8 y 3.26

razones diferentes, reafirmando que el legislador si le otorgó función jurisdiccional excepcional al Defensor de Familia.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-156 de 2013, reafirma que el legislador otorgó función jurisdiccional excepcional al Defensor de Familia, de acuerdo a los siguientes apartes:

...3.22. En este punto, es importante señalar que, de las cinco competencias jurisdiccionales asignadas al Ministerio, en primer lugar, por el Plan Nacional de Desarrollo y, posteriormente, por el Código General del Proceso, cuatro de ellas han sido asignadas previamente a órganos administrativos (superintendencias, comisarios e inspectores de familia), lo que para varios intervinientes constituye una razón de primer nivel a favor de la constitucionalidad de la norma estudiada. En ese sentido, consideran que si un asunto ya se encuentra asignado a determinada autoridad administrativa, entonces puede asignarse a otra autoridad de la misma naturaleza, sin violar la Constitución Política...

...3.25. La Sala nota que, en principio, las funciones asignadas por la Ley al Ministerio de Justicia y del Derecho no parecen afectar directamente el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que el Legislador le ha atribuido tanto en el Plan Nacional de Desarrollo como en el Código General del Proceso, y que ahora son objeto de control de constitucionalidad. En efecto, no parece que en los asuntos referidos, el Ministerio de Justicia y del Derecho actúe como juez y parte; ni que su intervención en el desarrollo de políticas públicas en ese amplio conjunto de materias vicie su imparcialidad al momento de asumir funciones jurisdiccionales.

3.26. Sin embargo, otra conclusión se obtiene del análisis de *asignación eficiente de competencias*. En efecto, la pluralidad de materias que el Legislador pretende sea asumida por el Ministerio, sin precisar el órgano o dependencia que las asumirá, impide evaluar la justificación constitucional y razonabilidad de esa atribución de competencias.

... y los de conocimiento de comisarios y defensores de familia, en el marco de la Ley 1098 de 2006.

...No queda comprendido por lo tanto, en la declaratoria de inexecutable el aparte que se refiere a la representación judicial de personas que inicien procesos judiciales de declaración de pertenencia con miras al saneamiento de su propiedad, ni los parágrafos del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, que subrogó al artículo 199 de la Ley 1450 de 2011, que consagran reglas aplicables a todas las autoridades administrativas que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales...

Estos apartes de la Sentencia C-156 de 2013 permiten colegir que la formalización que hizo el legislador de la función jurisdiccional excepcional a cargo del Defensor de Familia en el art. 24 numeral 4 del Código General del Proceso, en ejercicio de su facultad de configuración legislativa también fue reconocida por esta Corte, aunque no haya sido el tema central de estudio de constitucionalidad. En efecto, con la inexecutable de la disposición que formalizaba el ejercicio excepcional de la función jurisdiccional a cargo del Defensor de Familia, el ordenamiento jurídico colombiano en este asunto, retornó al mundo de la omisión legislativa que se tiene desde el año 2006 con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya que con la providencia de constitucionalidad se salvaguardó la integridad de la norma fundamental

pero se mantiene la incertidumbre y el desconocimiento formal de la función jurisdiccional por excepción a cargo de la autoridad administrativa en mención. En otros términos, el vacío que había llenado el numeral 4 del art. 24 de la ley 1564 de 2012, al ser declarado inexecutable, hace que aparezca la ausencia normativa, reviviendo así la omisión legislativa. Por tanto, el ejercicio real de la función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia se realiza sin una forma legal que lo reconozca.

Dicho lo anterior, se puede afirmar que el Defensor de Familia desarrolla función pública que a partir de la incoherencia legislativa y afirmación jurisprudencial ejerce función jurisdiccional excepcional cuando en el proceso administrativo especial de investigación para el restablecimiento de derechos inobservados, amenazados o vulnerados de los niños, las niñas y los adolescentes (Ley 1098 de 2006, art. 99 ss.), decide frente a las controversias sobre custodia, régimen de visita y alimentos, y declara la adoptabilidad (Art. 108 inciso 2), y esta decisión administrativa no tiene solicitud de revisión de legalidad ante el juez de familia. Así mismo, ejerce función jurisdiccional excepcional cuando imparte aprobación en los acuerdos de conciliación, como lo dispone el numeral 9 del art. 82 de la Ley 1098 de 2006, sobre:

asignación de custodia y asignación de cuidado personal, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la sus pensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes de 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 relacionado con el régimen económico del patrimonio y los derechos sucesorales...

El ejercicio de la función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia al momento de decidir sobre controversias sobre custodia, alimentos y visitas para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, lo realiza con fundamento jurídico en la ley 270 de 1996, estatutaria de administración de justicia, que específicamente desarrolla el art.116 de la Constitución Política, a partir de lo previsto en el:

Art. 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: ...2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal;...

De otra parte, la declaratoria de adoptabilidad por el Defensor de Familia (Ley 1098 de 2006. Art. 82, numeral 14, art. 98, inciso 2) se equipara en sus efectos a la terminación de la patria potestad prevista en Código Civil (Congreso de la República de Colombia, 1873), en su artículo 315, que dispuso:

La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

- 1a) <aportes tachados inexecutable> por maltrato
- 2a) por haber abandonado al hijo.
- 3a) por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.

4a) <numeral adicionado por el artículo 10 del decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente:> por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

5) <numeral adicionado por el artículo 92 de la ley 1453 de 2011. el nuevo texto es el siguiente:> cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del código penal, que ordena.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.

Lo anterior mencionado a cargo del Juez de Familia, Civil Municipal o Promiscuo Municipal, con el valor agregado que la declaratoria de adoptabilidad además de terminar la patria potestad deja al niño, niña o adolescente sujeto de la medida de restablecimiento de derechos de la adopción (Art. 61, Ley 1098 de 2006).

Al mismo tiempo la función jurisdiccional excepcional de aprobar conciliaciones tiene su fundamento jurídico en la ley 279 (Congreso de la República de Colombia, 1996) de 1996 o ley estatutaria de administración de justicia, que dispone en su:

Art. 8o. Mecanismos alternativos. <artículo modificado por el artículo 3 de la ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> la ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los

asociados...excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes.

La Corte Constitucional ha señalado que la conciliación extrajudicial en derecho, como la que ejerce el Defensor de Familia, es un mecanismo de acceso a la administración de justicia, que tiene unas características fundamentales como lo expresó en la Sentencia C-893 (2001) de 2001:

1) La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

2) La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación...

3) Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial.

4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

5) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

6) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

7) Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo (art. 66, Ley 446 de 1998).

8) La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer...

9) Finalmente, por definición la conciliación es un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula.

Igualmente el Defensor de Familia ejerce función jurisdiccional excepcional cuando hace uso de su poder de investigación, cuando cumple funciones de policía judicial para la práctica de pruebas como lo dispuso el artículo 104 de la ley 1098 de 2006 y como fue referido en el acápite de función de policía de este trabajo. Al respecto es preciso aclarar que tanto la función de policía como la función conciliatoria que ejerce el Defensor de Familia tienen una doble connotación, de una parte, como función administrativa en razón a la naturaleza de la autoridad

que las ejecuta y de la otra, como función jurisdiccional según características y definiciones que les otorgó la ley y la jurisprudencia. Expresado de otra manera, son funciones públicas de carácter mixto porque se contienen a la vez en la función administrativa y jurisdiccional.

Sobre el ejercicio de la función judicial a cargo del Defensor de Familia, la oficina asesora jurídica del ICBF ha dejado entrever que el marco funcional de esta autoridad se caracteriza por ser amplio y variado, y que algunas de sus facultades pueden definirse como propias de la función judicial, a partir de los criterios señalados por la Corte Constitucional para establecer e identificar lo que constituye dicha función.

Dicha dependencia en relación a la competencia funcional del Defensor de Familia, señaló que esta autoridad ejerce múltiples funciones de distinta naturaleza, pero pone de presente su carácter administrativo. Sin embargo, ya había reconocido el ejercicio excepcional de la función judicial, cuando mediante concepto del 25 de octubre de 2016 manifestó que “el Defensor de Familia es un servidor público del Estado, dependiente del ICBF, vinculado a través de las disposiciones de carrera administrativa, con funciones administrativas y excepcionalmente judiciales...”.

Posteriormente la misma oficina indicó que los Defensores de Familia ejercen de manera excepcional funciones judiciales, cuando intervienen, participan y/o representan un niño, niña o adolescente en el escenario jurisdiccional (Tomado concepto 34 del 5 de abril de 2017) ; sin embargo, este es un argumento que califica como función judicial una atribución que otorgó la Ley a la autoridad administrativa en mención para intervenir en procesos judiciales en favor de

los intereses y derechos de los menores de dieciocho años, pero en realidad nada tiene que ver con la función judicial establecida en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, aceptar este argumento, como situación en la que el Defensor de Familia ejerce función judicial excepcional, sería como afirmar por ejemplo que servidores públicos como procuradores o abogados defensores públicos de la Defensoría del Pueblo, que intervienen y/o representan en procesos judiciales ejercen, per se, función jurisdiccional. Calificar la intervención y representación como función judicial excepcional, es una afirmación desacertada.

Lo anterior denota la dificultad que el mismo ICBF ha tenido para identificar en el marco de competencia funcional del Defensor de Familia, la función jurisdiccional excepcional que ejerce.

De otra parte, el ejercicio material de dicha función pone de presente la omisión formal del legislador, al no expedir una ley que reviva el reconocimiento de la función jurisdiccional excepcional, que establecía el numeral 4 del artículo 24 del Código General del Proceso, disposición que, como fue señalado, la Corte declaró inexecutable (Sentencia C 156 de 2013) por razones diferentes y que nada tienen que ver, con el hecho que el Defensor de Familia no ejerza función jurisdiccional excepcional.

Esta omisión formal, en el sentido de ausencia literal de disposición que señale expresamente aquella función que en la práctica jurídica ejerce el Defensor de Familia, autoridad que goza de los rasgos para el ejercicio de función jurisdiccional excepcional, se reafirma en dos normas jurídicas, la prevista en el párrafo 6 del artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, que es una norma de remisión, la cual dispone que para suplir cualquier vacío jurídico que presente el Proceso

administrativo especial de restablecimiento de derechos se debe remitir a la legislación procesal civil vigente, y el artículo 1 de la 1564 de 2012 o Código General del Proceso, que es una norma que señala el fin de su regulación procesal y dispone que la actividad procesal que allí se regula, aplica también a los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales.

De las disposiciones referidas, se establece que el Defensor de Familia también es operador jurídico del instrumento de regulación procesal que utilizan los jueces como titulares por excelencia, aunque no exclusivos, de la función jurisdiccional. Así mismo, que el acierto del legislador está en reconocer el ejercicio excepcional de la función jurisdiccional a cargo de esta autoridad administrativa, pero su error es la ausencia expresa de dicho reconocimiento, lo que se traduce una omisión formal.

En este orden de ideas, dentro de la gama de funciones del Defensor de Familia concurre la función jurisdiccional por principio constitucional de excepcionalidad, que encuentra fundamento en la ley y la jurisprudencia como fue explicado y las decisiones administrativas tomadas en el marco del proceso administrativo especial de restablecimiento de derechos, para resolver controversia entre particulares sobre custodia, régimen de visitas y alimentos, derechos estos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes (Constitución Política, art. 44.), cuando estas no son atacadas con la solicitud de homologación por las partes o las circunstancias que originaron estas decisiones no se han alterado, o cuando la decisión de declaratoria de adoptabilidad ha sido homologada por el juez, en estos casos la decisión se torna inmodificable operando la cosa juzgada administrativa, ante la imposibilidad de modificar la decisión dentro

del procedimiento especial. El acto administrativo proferido por el Defensor de Familia, adquiere una firmeza definitiva, al respecto (Rodríguez L. , 2015), afirma:

El requisito básico para que los actos administrativos comiencen a producir efectos es la firmeza o ejecutoria de los mismos. Así, para que la administración pueda ejecutar o hacer cumplir un acto administrativo es necesario que, salvo norma expresa en contrario, dicho acto haya quedado en firme, es decir, que haya adquirido fuerza ejecutoria... (p. 444)

Cuando la decisión de declaratoria de adoptabilidad proferida por el Defensor de Familia es homologada por el juez, adquiere la identidad de cosa juzgada administrativa no por la transferencia de la cosa juzgada judicial de la sentencia proferida por el juez que homologó la declaratoria de adoptabilidad (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 123.) sino por mandato expreso que hizo la ley en el inciso segundo del art. 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia, así:

Carácter transitorio de las medidas. La autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección previstas en este código podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se notificará en la forma prevista en el inciso 3o del artículo anterior y estará sometida a la impugnación y al control judicial establecido para la que impone las medidas.

Este artículo no se aplicará cuando se haya homologado por el juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción. (Art. 103)

Es decir, que la decisión administrativa adquiere entidad de cosa juzgada administrativa, en razón a la naturaleza de la autoridad que profiere el acto, con fundamento en el mandato previsto en la ley y no por la ejecutoria que sustenta la cosa juzgada judicial cuando el juez homologa la decisión administrativa, esto en virtud del principio de legalidad que prima en el Estado de Derecho, se trata de un camino a priori orientado por el legislador mas no un camino al que se llega por la decisión judicial de homologar, se trata de una regulación jurídica que consagra un mandato expreso que orienta la actividad del Estado y las funciones que ejercen sus diferentes autoridades, sobre la regulación jurídica del poder en el Estado de Derecho, Ferrajoli (2010, p. 208) señala que “la historia del Estado de Derecho puede ser leída como la historia de una progresiva minimización del poder por la vía de su regulación jurídica”, esto es, que la actividad judicial no determina la cosa juzgada administrativa cuando su decisiones de homologar sino que previamente por principio de legalidad el poder legislativo reguló que la decisión administrativa de adoptabilidad homologada, no es susceptible de modificación o suspensión, en consecuencia adquiere la categoría de cosa juzgada administrativa cerrando la posibilidad de continuar el debate.

De los antecedentes normativos se advierte como el legislador le ha trasladado funciones al Defensor de Familia que en comienzo eran de competencia privativa del juez, esta situación no ha pasado inadvertida por la Corte Constitucional, lo cual ha sido reconocido en varios de sus pronunciamiento como en la Sentencia T-079 (Corte Constitucional, 1993), cuando expresó: “Los defensores de familia desarrollan en la actualidad labores anteriormente confiadas a los jueces” y en la Sentencia T-844 (Corte Constitucional, 2011), cuando dijo:

Antes de la vigencia del Código del Menor –Decreto 2737 de 1989– esto es, mientras rigió la Ley 98 de 1920 y hasta 1964, año en que se expidió el Decreto 1818, por el cual se creó el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y se reorganizó la División de Menores del Ministerio de Justicia, las situaciones de abandono de niños o en situación de peligro físico o moral eran competencia de los jueces de menor. Sin embargo, poco a poco se fueron desplazando estas competencias a las autoridades administrativas. A partir de la puesta en vigencia del Decreto 2737 de 1989 se le confieren expresas atribuciones a éstas, concretamente al ICBF, para resolver situaciones de abandono y de peligro en las que pudieran encontrarse los niños, niñas y adolescentes.

Al realizar una comparación de los deberes que le asisten a la autoridad judicial en el desarrollo de sus actuaciones judiciales y los deberes que el legislador le ha atribuido a los Defensores de Familia en el desarrollo de sus actuaciones administrativas especiales, tenemos que desde el punto de vista gramatical no se encuentra diferencia entre uno y otro frente al poder público otorgado por el legislador para el ejercicio de sus funciones para alcanzar los fines del Estado. Con el propósito de sustentar la afirmación anterior se presenta la comparación entre lo dispuesto en el art. 42 del Código General del Proceso y lo previsto en el art. 81 del Código de la Infancia y la Adolescencia:

Tabla 1. Deberes del Juez y del Defensor de Familia

ARTÍCULO 42 DEL C.G.P.	ARTÍCULO 81 DEL C.I.A.
Deberes del Juez	Deberes del Defensor de Familia
<p>1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.</p>	<p>1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.</p>
<p>2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.</p>	<p>2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.</p>
<p>3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.</p>	<p>3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que señala la ley, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.</p>
<p>4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.</p>	<p>4. Emplear las facultades que esta ley le otorga en materia de pruebas, siempre que</p>

5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

7. Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite.

estime conducente y pertinente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia.

6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.

PARÁGRAFO. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario

Los argumentos anteriormente planteados reflejan la función jurisdiccional excepcional a cargo del Defensor de Familia, dentro del amplio cúmulo de funciones públicas atribuidas por el legislador para la protección, restablecimiento y garantías de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes. Donde se pueden resaltar el ejercicio de la función de policía judicial, el ejercicio de la función conciliatoria, las decisiones sobre custodia, alimentos y visitas decretadas en el marco de las controversias entre particulares y la declaratoria de adoptabilidad cuando no ha sido homologada por el juez o que habiendo sido homologada tiene los mismos efectos jurídicos de la terminación de la patria potestad decretada por una autoridad judicial.

2.4.4. Algunas Decisiones Administrativos no Susceptibles de Control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

De manera general las decisiones proferidas por las autoridades administrativas son sujetas al control jurisdiccional ante lo contencioso administrativo y sus actuaciones administrativas están ligadas a los procedimientos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), como lo señala el art. 2:

Las normas de esta primera parte del código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades...

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este código.

Se puede señalar que la función administrativa que ejercen las autoridades y los particulares cuando están investidos de esta función, se desarrolla a través de las actuaciones administrativas generales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y sus decisiones como producto de la actividad administrativa son de conocimiento en sede de control ante el juez de lo Contencioso Administrativo (Art. 106).

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su art. 2, dispone que su objeto es “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”. Es por ello que el Capítulo IV de este Código, señala un procedimiento administrativo al igual que unas reglas especiales para que el operador administrativo competente para procurar y promover la realización y restablecimientos de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes profiera sus decisiones las cuales son susceptibles de control judicial ante la jurisdicción ordinaria, así se establece en el inciso cuarto de art. 100 de la Ley 1098 de 2006, cuando señala “resuelto el recurso de reposición o vencido el termino para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Publico lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad”. Así mismo lo establece la Ley en mención en su artículo 123 manifiesta que “la sentencia de homologación de la declaratoria de adaptabilidad se dictara de plano; producirá respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable”.

Esta regulación especial de procedimiento administrativo que prevé el Código de la Infancia y la Adolescencia, denominado proceso administrativo de restablecimiento de derechos y que esta cargo de un aplicador del derecho como es la autoridad administrativa, Defensor de Familia, tiene como producto final un fallo (Art. 101) que no es otra cosa que la decisión administrativa que profiere el Defensor de Familia en ejercicio de sus funciones públicas y que no es susceptible de control ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pero lo es ante la Jurisdicción Ordinaria en la especialidad de familia por vía de homologación. Sobre la figura jurídica de la homologación la Corte Constitucional en la Sentencia T-664 (Corte Constitucional, 2012), señaló, que su objetivo es la revisión judicial del cumplimiento de los componentes del debido proceso previstos en la Constitución y en la Ley, los cuales también aplican a las actuaciones administrativas, por lo cual se convierte en una herramienta de eficaz protección para la defensa de este derecho fundamental, de las personas que se crean afectadas con la decisión de adoptabilidad y que busquen con su ejercicio el cese de los efectos de esta resolución, demostrando que los hechos que la ocasionaron han cambiado y que razonadamente se puede deducir que no se repetirán.

La homologación de la decisión de declaratoria de adoptabilidad ante el juez de familia, también tiene como propósito procurar la garantía y protección del principio del interés superior del niño, niña o adolescentes y de los derechos de los familiares vinculados al procedimiento administrativo. En síntesis, la autoridad judicial de familia en sede de homologación, cumple una función de garante de la legalidad de la actuación administrativa, que se reviste de rol constitucional en la protección del derecho fundamental al debido proceso de los implicados en el trámite y de la salvaguarda del interés prevalente del sujeto de protección especial.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República de Colombia, 2011), dispone algunas de las decisiones no susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, señaladas en el art. 105, así:

Excepciones. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: ...2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdicción estarán identificadas con la expresión (Art. 80 inciso 2) que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de su sentencia y deberán ser adoptadas en un proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado al ejercicio de la función administrativa. 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley...

De lo dicho se pueden plantear dos situaciones: de una parte, que las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia no son sujetas de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por cuanto el procedimiento administrativo especial a través del cual las profiere, establece que su control se realiza ante la jurisdicción ordinaria de la especialidad de familia por vía de homologación, es decir, que el legislador en ejercicio de su facultad de configuración dispositiva ha diseñado un procedimiento administrativo diferente que se rige por sus propios mandatos y que no tiene norma de remisión al procedimiento

administrativo general para que la jurisdicción contenciosa administrativo revise las decisiones proferidas por esta autoridad administrativa.

De otra parte, que las decisiones proferidas por el Defensor de Familia no son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, en razón a que sus decisiones son producto de la función jurisdiccional excepcional; no obstante, sujeto al control de legalidad ante la jurisdicción ordinaria, especialidad familia, de acuerdo al procedimiento diseñado por el legislador. Esto es, que son actos administrativos de naturaleza diversa a los proferidos por autoridades en ejercicio de función eminentemente administrativa, que corresponden a una de las excepciones que estableció el código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo para el conocimiento por parte de esta jurisdicción especializada de los actos producto de la función jurisdiccional.

3. Omisión Legislativa

El artículo 150 de la Constitución Política de 1991, establece la cláusula general de competencia legislativa, señalando que corresponde al legislador hacer las leyes para el desarrollo de las disposiciones constitucionales; sin embargo, la inactividad del legislador traduce una situación jurídica que la Corte Constitucional ha denominado en diferentes pronunciamientos como omisión legislativa la cual la define Ahumada (Ruíz, 1991) es “todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución” y como “la omisión del legislador es «una situación caracterizada, por un lado, por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (emanar normas

legislativas de actuación) por otro lado, por un comportamiento concreto del legislador que desdice, en todo o en parte, aquel descrito por el precepto constitucional”

La doctrina de la Corte Constitucional recoge la tipología de las omisiones legislativas de la doctrina alemana desarrollada por Wessel, quien distinguió dos tipos de omisiones legislativas: la omisión legislativa absoluta y la omisión legislativa relativa⁹.

3.1. Omisión Legislativa de tipo Absoluto

Frente a la omisión legislativa absoluta la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 (Corte Constitucional, 1996), refirió que “es la ausencia total de disposiciones legales para ser confrontadas con la norma fundamental”, precisado que:

Si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta

Se presenta una polémica doctrinal entre los defensores de la procedencia del control de constitucionalidad por omisión y quienes defienden la improcedencia de la fiscalización de la omisión legislativa absoluta por parte de los Tribunales Constitucionales. Dentro de los primeros tenemos al italiano Mortati y entre los segundos a Wessel¹⁰.

⁹ Tomado de Tratado de Derecho Procesal Constitucional de Pablo Luis Manili. Director. El Control de Constitucionalidad de las Omisiones Legislativas de Francisco Fernández Segado. Pág. 349. Editorial La Ley. Argentina

¹⁰ *Ibidem*, pág. 351

La referencia de este tipo de omisión legislativa permite contextualizar de mejor manera el objeto de estudio facilitando su comprensión a partir de la distinción con la omisión legislativa relativa.

3.2. Omisión Legislativa Relativa

La omisión legislativa relativa es una inactividad del legislador de tipo parcial que admite control constitucional. La doctrina ha calificado como incompleta la labor del legislador cuando el desarrollo legal no recoge los presupuestos de la norma constitucional, como lo afirma Ahumada cuando, “se habla de omisiones relativas para referirse a los casos en que la regulación dada por el legislador es incompleta, defectuosa o no idónea para cubrir los hipotéticos supuestos que abarca la norma” (p.172).

La Corte Constitucional ha definido en su jurisprudencia este tipo de omisión legislativa, al respecto, señaló en la Sentencia C-891 A (Corte Constitucional, 2006) de 2006:

La omisión legislativa de carácter relativo se presenta cuando, al regular una materia, el Legislador omite referirse a una hipótesis que viene exigida por la Constitución; ausencia que torna incompleto el desarrollo legal. Doctrinariamente este fenómeno ha sido explicado, tanto como un vacío en la regulación, o como la manera de dar lugar a un significado implícito y

negativo, en cuanto el silencio excluye de un beneficio o de una medida de protección a la persona o al grupo de personas dejadas por fuera al momento de dictar la ley.

Posteriormente la Sentencia C-584 (Corte Constitucional, 2015) de 2015, retomando lo referido en la Sentencia C-543 de 1996, la Corte Constitucional con relación a esta clase de omisión expresó:

Las omisiones legislativas relativas se presentan cuando el Legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa”. Estas omisiones pueden ocurrir de distintas formas: i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

Las formas de omisión legislativa relativa señaladas por la Corte permiten colegir que el legislador en cumplimiento de su deber constitucional, puede privilegiar un sector poblacional en detrimento de otro, pero también, cuando al construir y regular una institución como el caso del Defensor de Familia, omite un ingrediente necesario para brindar claridad en el tipo de función pública que le corresponde ejercer, siguiendo los fines del Estado, lo cual afecta el servicio público de bienestar familiar que redundaría en detrimento de la garantía de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes. Existe una omisión legislativa relativa

porque si bien el legislador ha expedido la ley de la Infancia y la Adolescencia y en ella ha regulado indistintamente las funciones del Defensor de Familia, obviando la necesidad de una clara distinción entre las funciones administrativas y las funciones jurisdiccionales.

3.3. Omisión legislativa relativa y la función jurisdiccional excepcional del Defensor de Familia

Lo planteado por la Corte Constitucional sobre la omisión legislativa relativa sirve de apoyo para sostener que el legislador ha asignado funciones públicas al Defensor de Familia, pero ha omitido señalar expresamente en la ley que alguna de estas funciones es de contenido y alcance jurisdiccional. Ello en razón a que una de las formas de la omisión legislativa relativa es cuando al regular una institución, como son las funciones que corresponden al Defensor de Familia, omitió señalar la naturaleza jurisdiccional de algunas de sus funciones que en su desempeño configuran decisiones administrativas de carácter jurisdiccional, es decir, otorgó el ejercicio de función jurisdiccional a esta autoridad administrativa de manera excepcional a través de algunas de sus funciones, pero se abstuvo de señalarlo.

El legislador estableció en el Código de la Infancia y la Adolescencia una serie de funciones públicas a cargo del Defensor de Familia, pero su ejercicio fue parcial, al no determinar la categoría de función ya que las relaciona indistintamente en una misma disposición jurídica, evidenciando una actividad inconclusa al asignar funciones innominadas a esta autoridad administrativa desde el punto de vista del tipo de función.

La omisión legislativa relativa advertida, al no identificar el tipo de función jurisdiccional excepcional que ejerce el Defensor de Familia, desconoce el principio de publicidad para los usuarios del servicio público de bienestar familiar y en consecuencia también afecta el acceso al servicio público de administración de justicia en condiciones de igualdad para las personas vinculadas en los trámites de las autoridades administrativas investidas de función jurisdicción excepcional, esto debido a que los usuarios desconocen el tipo de función pública que en asuntos específicos ejerce el Defensor de Familia; porque no es igual acudir ante una autoridad judicial de la cual se conoce que sus decisiones se fundan en el ejercicio de la función jurisdiccional que administra, que solicitar ayuda a una autoridad administrativa cuya función jurisdiccional no es clara.

El desconocimiento del tipo de función pública jurisdiccional excepcional a cargo del Defensor de Familia, genera una insospechada situación para los usuarios, de contemplar la posibilidad de rebatir la decisión administrativa ante la jurisdicción, sin perjuicio de los mecanismos de oposición dentro de los mismos trámites, considerando que la decisión administrativa no tiene la fuerza vinculante o es menos efectiva, sin conocer que la decisión judicial o administrativa se valida en la Ley en igual nivel con fundamento en la función jurisdiccional para la primera y excepcional para la segunda.

Con relación al principio de publicidad el profesor Hernando Devis Echandía (Echandía, 2012), expresó "...No debe haber justicia secreta..." sustentando que el desconocimiento del principio de publicidad en el ejercicio de la función jurisdiccional excepcional del Defensor de

Familia, por los usuarios del Servicio Público de Bienestar Familiar, es una especie de justicia secreta que desconoce los postulados Constitucionales.

No se afirma que el Código de la Infancia y la Adolescencia o alguna de sus disposiciones legales sean inconstitucionales, sino que el legislador expidió un acto incompleto, que se traduce en una omisión legislativa relativa que vulnera condiciones de igualdad, y que se expresa en la asignación de funciones de carácter jurisdiccional que no fueron formalizadas en el texto legal lo que denota el carácter indeterminado de la función.

Ese carácter indeterminado se concluye desde un punto de vista formal, por la ausencia de precisión de la categoría de función jurisdiccional que hace parcial la actividad legislativa; sin embargo, desde el punto de vista material, el ejercicio de la función de contenido y alcance jurisdiccional excepcional por el Defensor de Familia, brindan el grado de precisión que omitió el legislador evidenciando su actividad inconclusa.

Conclusiones

1.- A partir del surgimiento institucional de la autoridad administrativa por excelencia para la representación, defensa, protección, garantía y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, ha tenido cambios en su denominación, iniciando como Promotor Curador de Menores, Asistente Legal, Defensor de Menores, y su último renombramiento como Defensor de Familia.

2.-Durante su tránsito institucional el Defensor de Familia ha sido un permanente receptor de función pública confiada por el legislativo y el ejecutivo, quienes han encontrado en dicha institución, un soporte de garantía legítima digna de fortalecer con la asignación de facultades legales para la defensa de los derechos fundamentales de los sujetos de protección especial constitucional.

3.-Existen elementos sustanciales y reales que superan los límites impuestos por aspectos formales, silentes u omisivos, que permiten entender y advertir de contera, que la institución denominada Defensor de Familia, amén de la discrecionalidad propia de las autoridades administrativa, en el ejercicio de alguna de sus funciones desarrolla actividad propia de las autoridades de naturaleza judicial.

4.-El principio de excepcionalidad constituye el fundamento constitucional, a partir del cual se afirma que la autoridad administrativa Defensor de Familia, ejerce función jurisdiccional.

5.- Las funciones del Defensor de Familia, indican que existe un abanico de funciones públicas a cargo de esa autoridad que se pueden diferenciar entre sí para señalar que algunas de ellas tienen el carácter de las decisiones producto de la función jurisdiccional.

6.- El Principio de excepcionalidad es un mandato contenido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en cumplimiento del principio de eficiencia, sobre el cual la Corte Constitucional determinó que el art. 116 Superior tiene un alcance excepcional en su interpretación, para garantizar el principio del juez natural y la especialidad jurisdiccional diseñada por el legislador en virtud del principio de razón suficiente para la prestación eficiente en el servicio público de administración de justicia garantizando su independencia e imparcialidad.

7.- El principio de la colaboración armónica entre las entidades y ramas del poder público del Estado, se ratifica con el principio de excepcionalidad de la función jurisdiccional por autoridades administrativas, ya que sin suprimir ni trasladar la responsabilidad de la actividad judicial de los jueces, la misma se amplifica a las autoridades administrativas de la rama ejecutiva.

8. El legislador no ha subsanado la omisión legislativa relativa estableciendo de manera expresa nuevamente en la ley el ejercicio de funciones jurisdiccionales a cargo del Defensor de Familia.

Referencias

- Sentencia T-506 (Corte Constitucional 21 de Agosto de 1992).
(29 de Julio de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-079-93.htm>
- Sentencia C-189 (Corte Constitucional 6 de Mayo de 1998).
- Sentencia C-1064 (Corte Constitucional 16 de Agosto de 2000).
- Sentencia C-893 (Corte Constitucional 22 de Agosto de 2001).
- Sentencia C-390 (Corte Constituciona 22 de Mayo de 2002).
- Sentencia C-616 (Corte Constitucional 6 de Agosto de 2002).
- Sentencia C-390 (Corte Constitucional 22 de Mayo de 2002).
- Sentencia C-1038 (Corte Constitucional 2002).
- Sentencia T-503 (Corte Constitucional 3 de Marzo de 2003).
- Sentencia T-397 (Corte Constitucional 29 de Abril de 2004).
(20 de Octubre de 2004). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15616>
- Sentencia C-951 (Corte Constitucional 14 de Noviembre de 2007).
- Sentencia T-844 (Corte Constitucional Noviembre de 2011).
- Sentencia T-679 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2012).
- Sentencia T-679 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2012).
- Sentencia T-679 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2012).
- Sentencia T-679 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2012).
- Sentencia C-896 (Corte Constitucional 31 de Octubre de 2012).
- Sentencia C-896 (Corte Constitucional 31 de Octubre de 2012).
(12 de Julio de 2012). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>
- Sentencia C-156 (Corte Constitucional 20 de Marzo de 2013).
- Sentencia C-156 (Corte Constitucional 20 de Marzo de 2013).
- Sentencia C-034 (Corte Constitucional 29 de Enero de 2014).
- Sentencia C-818 (Corte Constitucional 9 de Agosto de 2015).
- Sentencia C-818 (Corte Constitucional 9 de Agosto de 2015).

Sentencia C-496 (Corte Constitucional 15 de Marzo de 2016).

Alexy, R. (2009). *Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cámara de Representantes de la República de Colombia. proyecto de Ley 001. (28 de Noviembre de 2007). Obtenido de <http://www.imprenta.gov.co>:
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=001&p_consec=16898

Cámara de Representantes de la República de Colombia. Proyecto de Ley 001. (28 de Noviembre de 2007). Obtenido de <http://www.imprenta.gov.co/>:
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=001&p_consec=16898

Capitulo XI. Desprotección Infantil. (s.f.). Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co>:
http://www.bdigital.unal.edu.co/42985/57/Cap11_Proteccioninfantil.pdf

Congreso de la República de Colombia. (22 de Diciembre de 1994). Ley 173 de 1994. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia . (7 de Octubre de 1989). Ley 2272 de 1989. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (26 de Mayo de 1873). Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Congreso de la República de Colombia. (17 de Julio de 1964). Ley 1818 de 1964. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (30 de Diciembre de 1968). Ley 75 de 1968. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (27 de Noviembre de 1989). Ley 2737 de 1989. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la Republica de Colombia. (21 de Marzo de 1991). Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>

Congreso de la República de Colombia. (4 de 7 de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la Republica de Colombia. (21 de Marzo de 1991). Ley 23 de 1991. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Congreso de la República de Colombia. (7 de Marzo de 1996). Obtenido de
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6548>

- Congreso de la República de Colombia. (7 de Marzo de 1996). Obtenido de
[http://www.alcaldiabogota.gov.co:](http://www.alcaldiabogota.gov.co)
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6548>
- Congreso de la República de Colombia. (7 de Julio de 1998). Ley 446 de 1998. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (4 de Agosto de 1998). Ley 449 de 1998. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (5 de Agosto de 1998). Ley 471 de 1998. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (5 de Enero de 2001). Ley 640 de 2001. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Obtenido de
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html:](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html)
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html
- Congreso de la Republica de Colombia. (19 de Enero de 2004). Ley 880 de 2004. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (8 de Julio de 2005). Ley 962 de 2005. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la Republica de Colombia. (8 de Noviembre de 2006). Obtenido de
[http://www.alcaldiabogota.gov.co:](http://www.alcaldiabogota.gov.co)
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Congreso de la República de Colombia. (01 de 23 de 2006). Obtenido de
[http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18869:](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18869)
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18869>
- Congreso de la República de Colombia. (23 de 01 de 2006). Obtenido de
[http://www.alcaldiabogota.gov.co:](http://www.alcaldiabogota.gov.co)
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18869>
- Congreso de la República de Colombia. (08 de Noviembre de 2006). Obtenido de
[http://www.secretariasenado.gov.co:](http://www.secretariasenado.gov.co)
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Congreso de la República de Colombia. (5 de junio de 2009). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (22 de Enero de 2009). Obtenido de
[http://www.alcaldiabogota.gov.co:](http://www.alcaldiabogota.gov.co)
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34710>

- Congreso de la República de Colombia. (22 de Enero de 2009). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34710>
- Congreso de la República de Colombia. (2018 de Enero de 2011). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co>:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>
- Congreso de la República de Colombia. (15 de Marzo de 2013). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2013). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (29 de Julio de 2016). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (29 de Julio de 2016). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html
- Congreso de la república de Colombia. (19 de Julio de 2017). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (9 de Enero de 2018). Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co>:
<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201878%20DEL%2009%20DE%20ENERO%20DE%202018.pdf>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2010). Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co>:
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2010). Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co>:
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>
- Corte Constitucional. (29 de Julio de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-079-93.htm>
- Corte Constitucional. (1996). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-543-96.htm>
- Corte Constitucional. (15 de Noviembre de 2001). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01.htm>
- Corte Constitucional. (2002). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>
- Corte Constitucional. (2006). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-891A-06.htm>
- Corte Constitucional. (11 de Marzo de 2008). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-256-08.htm>

- Corte Constitucional. (8 de Noviembre de 2011). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>
- Corte Constitucional. (8 de Noviembre de 2011). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>
- Corte Constitucional. (24 de Agosto de 2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-664-12.htm>
- Corte Constitucional. (10 de Julio de 2013). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-436-13.htm>
- Corte Constitucional. (2015). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-584-15.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de Agosto de 2002). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Constitución Política de Colombia*. (2014). Bogotá: Consejo Superior Adjudicatura. Sala Administrativa.
- Dclaración de los derechos del niño UNICEF. (Junio de 2005). Obtenido de <http://www.un.org/es: http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2008). <http://www.defensoria.gov.co>. Obtenido de http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Guia_Inducc_Cartilla_2.pdf
- Dueñas, O. J. (2009). *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dueñas, O. J. (2009). *Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ecahandía, H. D. (2012, p. 34). *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I*. Bogotá: Temis.
- Echandía, H. D. (2012). *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I*. Bogotá: Temis.
- Falla, F. G. (s.f.). Obtenido de <file:///C:/Users/Equipo/Downloads/Dialnet-SobreElDerechoAdministrativoYSusIdeasCardinales: file:///C:/Users/Equipo/Downloads/Dialnet-SobreElDerechoAdministrativoYSusIdeasCardinales-2111834.pdf>
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. México: Trotta.
- Gadamer, H. O. (2005). *Verdad y Método*. Salamanca: sígueme.
- Hernández Sampieri, R., Fernández-Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2004). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw-Hill.
- Huerta Ochoa, C. (2008). *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Huerta Ochos, C. (2008). *Teoría del Derecho. Cuestiones Relevantes*. México: Primera Edición. Universidad Autónoma de México.

- Humanium Right. (s.d de s.f de 1989). <https://www.humanium.org>. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2012/11/Convenci%C3%B3n-sobre-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o.pdf>
- Humanium. Right. (1989). www.humanium.org. . Obtenido de <https://www.humanium.org>. Obtenido de <https://www.humanium.org/es/wp-content/uploads/2012/11/Convenci%C3%B3n-sobre-los-Derechos-del-Ni%C3%B1o.pdf>
- ICBF. (5 de Agosto de 2011). Obtenido de <https://www.icbf.gov.co>: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0031093_2011.htm
- ICBF. (9 de Junio de 2014). Obtenido de <https://www.icbf.gov.co>: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000077_2014.htm
- ICBF. (23 de Enero de 2018). Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/instituto>: <https://www.icbf.gov.co/instituto>
- Infantil, C. X. (s.f.). Obtenido de http://www.bdigital.unal.edu.co/42985/57/Cap11_Proteccioninfantil.pdf: http://www.bdigital.unal.edu.co/42985/57/Cap11_Proteccioninfantil.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (16 de Enero de 2017). <https://www.icbf.gov.co>. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/pj004516012017fundacionnuevavida_reformaestatutos.pdf
- Jiménez, R. (2010). Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o Juez? . *Universidad Libre de Barranquilla*, 174.
- Jiménez, R. (2010). Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o Juez? . *Universidad Libre de barranquilla*, 174.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (20 de Agosto de 2015). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). <http://www.ohchr.org/>. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Perdomo, J. V., & Molina Betencurt, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Medellín: Legis.
- Presidencia de la República de Colombia. (7 de Septiembre de 1998). Decreto 1818 de 1998. Bogotá , Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.
- Presidencia de la República de Colombia. (28 de 11 de 2005). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co>: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18346>
- Presidencia de la República de Colombia. (17 de Diciembre de 2007). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Presidencia de la República de Colombia. (19 de Enero de 2012). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Presidencia de la República de Colombia. (12 de Diciembre de 2014). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Diario Oficial.

Presidencia de República de Colombia. (14 de Mayo de 987). Obtenido de <https://www.icbf.gov.co>: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_0987_2012.htm

Ramírez-Torrado, M. L., & Anibal-Bendek, H. (30 de Noviembre de 2015). Obtenido de [file:///C:/Users/Equipo/Downloads:file:///C:/Users/Equipo/Downloads/15025-54174-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Equipo/Downloads:file:///C:/Users/Equipo/Downloads/15025-54174-1-PB%20(4).pdf)

Rodríguez, L. (2015). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.

Rodríguez, L. R. (2015). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá: Temis.

Rodríguez, L. R. (2017). *Derecho Aministrativo General y Colombiano. Tomo II*. Bogotá: Temis.

Ruíz, M. A. (1991). El Control de Constitucionalidad. *Centro de Estudios Constitucionales No. 8*, 170-171.

Sentencia C-189 (Corte Constitucional 6 de Mayo de 1998).

Sentencia T-679 (24 de Agosto de 2012).

Sentencia T-679 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2012).

Serbia, J. M., & Cozzi, C. (N.r. de Abril de 2016). *Manual básico de metodología de la investigación*. Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Gráficas Cerodos.

Unicef. (s.d de s.f. de 2005). <https://www.unicef.org>. Obtenido de https://www.unicef.org/honduras/convencion_derechos_nino.pdf

UNICEF. Código de Infancia y la adolescencia. Versión comentada. (2007). Obtenido de <https://www.unicef.org.co>: <https://www.unicef.org.co/sites/default/files/informes/codigo-infancia-comentado1.pdf>

Unidad de Victima. (22 de Enero de 1991). <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-12-de-1991.pdf>. Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-12-de-1991.pdf>

Villa, J. P. (2016). *Derecho Administrativo Sustantivo y Procesal*. . Bogotá: Editorial Leyer.

Villa, J. P. (2016). *Derecho Administrativo Sustantivo y Procesal*. . Bogotá: Leyer.