

Análisis sobre las facultades que le otorga la ley al defensor de familia en los trámites de restablecimiento de derechos, en la adopción de niños niñas y adolescentes en Colombia

María Eugenia Arenas Montoya.
Aura Rossana Ortiz Palacios.
Alba Nelly Vergara Garzón.

Universidad La Gran Colombia
Facultad de Posgrados y Formación Continuada
Proyecto Curricular
Bogotá D.C.
2015

Análisis sobre las facultades que le otorga la ley al defensor de familia en los trámites de restablecimiento de derechos- adopción de niños niñas y adolescentes en Colombia

María Eugenia Arenas Montoya.
Aura Rossana Ortiz Palacios.
Alba Nelly Vergara Garzón.

Docente
Nicolás Javier Jaramillo Gabanzo
Magister en Sociología

Universidad La Gran Colombia
Facultad de Posgrados y Formación Continuada
Proyecto Curricular
Bogotá D.C.
2015

Contenido

| | Pág. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Introducción | 5 |
| Capítulo I. La adopción como mecanismo derestablecimiento de derechos en Colombia | 9 |
| Constitución Política de Colombia de 1991- Ruta Administrativa de la Adopción en Colombia | 15 |
| Marco conceptual | 18 |
| Marco histórico | 25 |
| Estado del arte | 33 |
| Capitulo II. La discrecionalidad del Defensor de familia en los Procesos de Restablecimiento de derecho y adopción | 40 |
| Bloque de constitucionalidad | 41 |
| Funciones del Defensor de Familia Decreto 2272 de 1989 | 45 |
| Sistema Nacional de Bienestar Familiar | 49 |
| Ley 1098 de 2006 - Código de la infancia y la adolescencia | 50 |
| Jurisprudencia sobre la adopción en Colombia | 53 |
| Colombia en el escenario internacional sobre el tema de adopción | 54 |
| Conclusiones | 60 |

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Introducción

La Carta Magna consagra los derechos fundamentales de todo niño niña o adolescente y el interés superior que debe prevalecer para la salvaguardia de sus intereses y derechos. En Colombia se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que está facultado legalmente para intervenir ante realidades de desprotección, menoscabo y adopte medidas necesarias para garantizar el bienestar de los niños y niñas, buscando en cualquier caso el restablecimiento de sus derechos.

El problema de la investigación fue determinar si en Colombia están garantizados los derechos fundamentales de los niños niñas y adolescentes por parte del defensor de familia, en el proceso de restablecimiento de derechos previo a la adopción.

Con base en lo anterior se llega a vislumbrar la situación real de la aplicación del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, con sus Derechos amenazados, inobservados o vulnerados, que permita evidenciar las dificultades en su construcción y aplicación.

Se hace necesario examinar el proceso que conduce el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, que se traduce en un trámite de adopción con miras a presentar las falencias de los lineamientos técnicos administrativos para el restablecimiento de derechos.

La estrategia metodológica que se utilizó para la investigación fue de carácter exploratorio, de orden bibliográfico, pues se tuvieron en cuenta fuentes de carácter jurídico como las leyes y la jurisprudencia de las altas cortes, así mismo leyes tratados y acuerdos firmados por Colombia para los trámites de adopción.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Por la naturaleza de la investigación, esta fue de carácter bibliográfico, apoyados en textos jurídicos, sentencias y leyes, se hizo un análisis detallado sobre el orden legal en donde se ubica el defensor de familia para el restablecimiento de derechos a los niños niñas y adolescentes; el método de investigación fue el análisis de casos, que permitió razonar el fenómeno objeto de estudio en su contexto real, utilizando múltiples fuentes de evidencia, cuantitativas y/o cualitativas simultáneamente.

Las recomendaciones en el presente proyecto están encaminadas a fundamentar las actuaciones del defensor de familia, que actuando en derecho, debe brindar y garantizar los valores jurídicos en los cuales se afirman todas sus decisiones encaminadas a proteger los derechos de los niños niñas y adolescentes frente a una medida de restablecimiento de derechos como es la adopción, los valores jurídicos surgidos de la competencia del defensor son aquellos que hacen que se cumplan los derechos de los candidatos a adopción, la justicia es el valor más importante para establecer normas y sobre esta premisa, las actuaciones sobre los niños están contenidas en la ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia.

Al analizar las competencias del defensor de familia contribuyó para determinar que el bienestar del niño, la calidad de vida que va a tener en caso de adopción, la familia por la cual será recibido, son el valor agregado que el defensor de familia en calidad de garante de los derechos debe procurar al niño o niña, así los valores jurídicos contemplados en este proyecto son aquellos que debe poseer cualquier medida de restablecimiento como es el trámite de adopción; ellos deben ser: transparencia en la actuación, el bienestar integral del niño candidato de adopción, la ética en el proceso, así se puede determinar que los valores jurídicos son infinitos

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

y están encabezados por el valor supremo que es la justicia, en la cual los demás se subsumen y encuentran su fundamento.

La justicia, valor de los valores, es mutable, por lo que pueden existir distintos derechos, que sirve de base para proponerse diferentes inquietudes frente al trabajo que realiza el defensor de familia como autoridad administrativa, de velar por el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Cabe resaltar que los trámites de adopción han sido muy criticados, por las competencias del defensor de familia y las funciones que la Carta Magna le da a éste, ninguna sociedad cuenta con una justicia infalible, ni ningún acto humano puede agotar todas las manifestaciones de justicia. La sociedad humana busca constantemente establecer un orden social histórico justo de acuerdo a la escala de valores existentes, pero nunca logrará producir un orden perfecto.

Las normas jurídicas establecen la obligación de dar a cada uno lo suyo. Y en esto consiste precisamente la justicia, dar a cada uno lo que le corresponde por derecho. Así, es preciso dar las cosas a su dueño, la pena al delincuente, los premios a los que se lo merecen, los impuestos al Estado, etc., el Derecho es el medio necesario para alcanzar la justicia que toda la sociedad aspira.

La investigación también lleva a enmarcar valores sociales que deben posibilitar todas las garantías de ley en una medida de restablecimiento de derechos, los valores sociales de esta investigación están determinados por la importancia como sociedad de garantizar todos los derechos de los niños niñas y adolescentes sujetos de trámite de restablecimiento de derechos y candidatos a adopción, para ello la función prioritaria del defensor es proteger al niño de cualquier acto que vulnere sus derechos como: un ambiente sano, una familia que lo acoja con

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

cariño, unas condiciones de vida que le permitan un desarrollo armónico en sociedad, así evaluar las actuaciones y competencias de un defensor de familia, es apreciar toda la importancia de un trámite de restablecimiento de derecho-adopción que definirá la suerte de un niño o niña en Colombia.

El objetivo del trabajo fue analizar las competencias legales del defensor de familia en los procesos de restablecimiento de derechos como lo es el trámite de adopción, para lograrlo se realizó un análisis bibliográfico, sobre los trámites legales y administrativas con que cuenta el defensor en los procesos de restablecimiento de derechos, además se realizó un análisis jurisprudencial sobre sentencias emanada de las altas cortes.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Capítulo I. La adopción como mecanismo de Restablecimiento de derechos en Colombia

El alcance de las decisiones de los defensores de familia en los procesos de restablecimiento de derecho-Adopción sus decisiones y la implicación de estas.

La adopción (Como proceso de Restablecimiento) en Colombia, ha sido un tema de estudio por diversas disciplinas académicas: el derecho, las ciencias sociales, de allí que sea estudiado por distintas disciplinas, un tema digno de estudiar, de analizar sus elementos, determinar sus alcances, para así evidenciar si el proceso de adopción, no vulnera los derechos de los niños niñas y adolescentes (NNA) de acuerdo a la ley, tener familia es un derecho, y si la familia biológica no puede protegerlo, al niño o niña, entonces el Estado protege sus derechos, el que precisa del acompañamiento familiar, derecho a tener una familia y tener lazos afectivos, la decisión para una medida de adopción está acompañada por varias instituciones, que dan garantía del proceso, el defensor de familia en primera instancia, es quien emite un concepto y realiza trámite administrativo de Restablecimiento de Derecho y termina con la decisión de que el niño, niña y adolescente sea entregado en adopción y esta decisión se presenta al Juez de familia no en todos los casos; la adopción es el último paso para garantizar que el NNA su derecho a una familia. En el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia se define la familia como:

“El núcleo fundamental de la sociedad, constituido por vínculos naturales o jurídicos, establece la igualdad de derechos de sus miembros y el respeto recíproco de sus integrantes, muestra de igual manera, que cualquier intento de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad”. (Constitución Política de Colombia, 1991)

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

La adopción como medida de protección generada del proceso de restablecimiento es una alternativa a una problemática identificada como son los niños niñas y adolescentes que buscan un hogar que los acoja, para garantizar sus derechos fundamentales, es tarea del Estado, quien debe garantizar la unidad familiar y un ambiente familiar de armonía, de respeto y garantía por los derechos, es una consigna de la Constitución Política de Colombia (1991) en el artículo 44, define como derecho fundamental de la infancia el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, e incluye expresamente los derechos que tienen todos los niños y las niñas al cuidado y al amor.

En esta medida el derecho a la familia comprende tanto el hecho mismo de crecer en el seno de un grupo familiar como aquellas condiciones fundamentales con las cuales debe contar dicha familia: relaciones de afecto, protección, así como la garantía de las condiciones materiales de subsistencia.

La adopción como resultado del proceso de restablecimiento de derecho, su trámite administrativo, el funcionario competente es el Defensor de Familia. La adopción está contemplada en el código de infancia y adolescencia, estos artículos buscan dar protección a los niños niñas y adolescentes que precisan un hogar, para así garantizar este derecho; en Colombia, la red familiar se ve particularmente afectada por la violencia, maltrato, abuso o abandono, entre otros, aspectos que agravan sustancialmente la situación de vulnerabilidad de los menores y sus familias generando condiciones particulares de riesgo en materia de abandono y peligro, por lo cual esta investigación se justifica, porque analiza la relación familia-Estado, la figura del defensor de familia, la composición familiar, la llegada de un integrante extraño a una familia, también crea tensiones, que se pueden reproducir en cualquier momento; el estado debe

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

tomar medidas específicas para la guarda, cuidado, alimentación, seguridad social, educación e incluso se obliga a encontrar un medio para la ubicación del niño o niña, ya sea familiar o institucional que se ajuste a las necesidades primarias y psicoanalíticas de la o el menor de edad; lo cual compromete la responsabilidad del Estado en la intervención oportuna en esta materia específicamente a través del Proceso de Restablecimiento de Derechos de los niños niñas y adolescentes.

El tema de la adopción como medida de protección ha sido tratado desde diversas disciplinas, incluso órganos de control, han estado atentos a los trámites de la adopción-restablecimiento de derecho se han hecho pronunciamientos al respecto, lo que buscan es vigilar todas las actuaciones del servidor público del ICBF, quien tiene misión de garantizar los derechos de los niños niñas y adolescentes, sobre todo en el tema de la adopción como una forma de restablecer los derechos y garantizar una familia a un niño.

La procuraduría general de la nación (que dentro de sus funciones se encuentra vigilar que se cumpla la protección y debe velar por los derechos de los niños niñas y adolescentes) cuenta con un observatorio específico de los derechos de la niñez y la adolescencia, para ello vigila los procesos de adopción para garantizar transparencia e idoneidad en los procesos; por lo cual este ente de control está atento para evitar que se comenten actos en contra del derecho de los niños niñas y adolescentes institucionalizados y candidatos a ser adoptados por una familia.

La adopción es un tema sensible, en el cual influyen múltiples intereses; por un lado están los intereses de los niños a ser adoptados, por otro lado el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a tener una familia a los niños, niñas y adolescentes, que no tienen familia, por otro lado está la familia donde llegará el niño, que también tienen sus intereses para

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

conformar una nueva familia con las prerrogativas que le merecen; desde ese punto de vista también es necesario que exista un control estatal para verificar que todo el trámite esté dentro de la legalidad como es el caso de la Procuraduría General de la Nación Delegada para la Infancia y la Adolescencia, que en su informe de fecha 31 de diciembre de 2012, muestra el estado de los trámites llevados a cabo en la ciudad de Bogotá y escoge cinco casas de Adopción autorizadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ente encargado de formular los Lineamientos y Políticas Nacionales y es el ejecutor de los programas de Protección de los Menores.

En el Informe de Vigilancia Superior sobre el programa de Restablecimiento de Derechos-adopción (2012), cita en el marco Jurídico la procuradora delegada para la familia Hoyos, I (2012).

“Que dicho trámite es la Máxima Medida de Protección. Así como en este documento se manifiesta que los Procesos de Restablecimiento de Derechos Adopción tienen un respaldo Constitucional, un desarrollo de los tratados Internacionales y de aplicación jurisprudencial, resaltando como principio fundamental el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y es de darle relevancia al hecho de que el Restablecimiento de Derechos - Adopción se encuentra en el ámbito del servicio público del Bienestar Familiar”. (Pág. 14)

El control y vigilancia a los trámites de adopción, lo que hacen es blindar procesos bien complejos, porque se trata de vidas humanas, de allí la importancia del trabajo que realiza la Procuraduría para verificar que los derechos de los niños niñas y adolescentes en procesos de

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

adopción se deben llevar a cabo con toda la claridad, dentro del marco de legalidad y sobre todo teniendo en cuenta los derechos de los adoptados.

Se destaca en el informe el control sobre la post adopción, es decir el seguimiento que le hace el ICBF después que el niño o niña ha sido entregado en adopción. Para ello el ICBF cuenta con los comités de adopción, dirigido a las entidades autorizadas para desarrollar dichos programas. También da cuenta este informe el procedimiento por medio del cual se rige el Proceso de Restablecimiento de Derechos. La Adopción, es un trámite administrativo, que conoce el Defensor de Familia en única instancia, lo cual significa que el servidor público designado para que lleve el proceso dentro del ICBF es el defensor de familia, la ley lo faculta para surtir dicho trámite; quien goza de total autonomía por la naturaleza del proceso, el cual solo admite recurso de Homologación, que lo resuelve el Juez de Familia.

Los procesos de Restablecimiento de Derecho se constituyen en el fundamento del reconocimiento del restablecimiento de derechos, que debe cumplir el Estado, El Código de la Infancia y Adolescencia, Decreto 1098, (2006) dice lo siguiente:

“1°. Reconocimiento del derecho. Todas las medidas de carácter administrativo que garanticen los medios para procurar a los menores su derecho a tener una familia, el Estado está en la obligación de proveer tales elementos.

2°. Discrecionalidad del Defensor Familia. Recae sobre el Estado, representado por el funcionario administrativo, el deber de tomar medidas y acciones que se ajusten a la ley, y que las mismas estén encaminadas a garantizar los derechos del menor.

3°. El Proceso de Restablecimiento de Derechos. Facilitar por medio de políticas públicas las medidas adecuadas y todo tipo de medio indispensable para procurarle a los

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

menores sus derechos mínimos, el disfrute de éstos, dentro del límite de los recursos disponibles”. (pág. 53)

Del documento se infiere que el operador administrativo en cabeza del defensor de familia se caracteriza por contar con la facultad respecto de la toma de decisiones al interior de los Procesos de Restablecimiento de Derechos, particularmente, en lo que tiene que ver con la medida máxima de protección, que es la adopción.

Por lo anteriormente expuesto, el problema a desarrollar en la presente investigación fue identificar si el proceso de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, y su aplicación por parte del Defensor de Familia, al momento de garantizar sus derechos si éste se encuentra en peligro debe tomar las diferentes decisiones como son el restablecimiento a su familia biológica o decreta la medida máxima de protección que es la adopción todo esto como respuesta de sus obligaciones que son entre otras protección y prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en este trámite el funcionario posiblemente puede incurrir en arbitrariedades o violaciones que no siempre se presentan como incumplimiento al ordenamiento jurídico.

La Pregunta de la Investigación se enfoca en: ¿Por qué las decisiones del Defensor de Familia pueden llegar a ser tomadas de manera arbitraria en los procesos de Restablecimiento de Derecho-Adopción para que no se incurra en violaciones o decepciones del ordenamiento colombiano en dicho trámite?

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Los objetivos se pueden tomar de dos maneras un objetivo general que es identificar las competencias legales del defensor de familia del ICBF en los procesos de restablecimiento de derecho- adopción en Colombia.

Y unos Objetivos específicos.

- Determinar la ruta legal de adopción de niños niñas y adolescentes en Colombia.
- Analizar los vicios jurídicos del proceso de adopción en Colombia.

Constitución Política de Colombia de 1991- Ruta Administrativa de la Adopción en Colombia

Se deben anotar los artículos de la Constitución Política en donde se garantizan los derechos de niños, niñas y adolescentes de manera preferente así lo determina la carta magna se deben enunciar los siguientes artículos:

“Artículo 42: 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 progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Este artículo hace a igualdad legal que se les da a los niños, niñas y adolescentes siendo estos sujetos de un trato digno y protegido.

Artículo 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

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

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. Los menores Gozan precisamente de parte del defensor de familia de la verificación que debe hacer este funcionario para velar por el bienestar de niños, niñas y adolescentes. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Artículo 67: El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

Artículo 68: Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa”.

En los artículos también se encuentra la obligación de garantizar el derecho a la salud para todo recién nacido hasta un año, lo cual muestra como el Estado aun es precario al no poder garantizar la obligatoriedad de la salud a todos los niños menores de 5 años, en un estado social de derecho, se debe preservar el derecho a la salud como bien supremo de todos los niños niñas y adolescentes. Mientras que el artículo 68 se refiere a la libertad de credo y la no obligatoriedad

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

para los niños de recibir un credo religioso como parte de su formación, así el derecho a la libertad de culto se cumple los niños.

La adopción en Colombia está regulada por la ley, el código de infancia y adolescencia ley 1098 del 2006, lo estipula en sus artículos 97, 98, 99 100,101, define las competencias jurisdiccionales, fija la ruta para un caso de adopción y establece los criterios para que un niño, niña o adolescente, pueda ser candidato de adopción, ya sea por parientes en algún grado de consanguinidad o afinidad; o adoptados por familias colombianas o extranjeras.

Se parte de que Colombia es un país respetuoso de los tratados, ha suscrito, ratificado y firmado varios tratados internacionales sobre los derechos de los niños y los trámites de adopción, a nivel internacional, por lo cual es evidente que la adopción es de carácter supranacional, así lo ratifica el convenio sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Protección Internacional, este convenio definió un sistema de ayuda y cooperación entre los países que garantice la protección integral del niño, niña o adolescente en las adopciones internacionales.

Con ese propósito general del tratado, el Artículo 4 del mismo fija una serie de requisitos para que sean aceptadas las adopciones internacionales entre los países contratantes, cuando un niño con residencia habitual en uno de estos países, es o pretender ser desplazado a otro en virtud de la constitución de un vínculo de filiación; dentro de estas condiciones se encuentra justamente que el tramite gozara de todas las garantías y el defensor determina si existen las condiciones para el trámite de adopción.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Marco conceptual

De acuerdo a la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia:

“El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es el conjunto de actuaciones administrativas y de otra naturaleza, que la autoridad competente debe desarrollar para la restauración de su dignidad e integridad como Sujetos de Derechos, y de su capacidad para disfrutar efectivamente de los derechos que le han sido vulnerados; lo anterior, dentro del contexto de la protección integral y los principios de prevalencia, interés superior, perspectiva de género, flexibilidad de derechos, enfoque diferencial y responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado”.
(pág. 53)

De acuerdo a lo anterior la ley determina que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, que el Estado, la sociedad civil y la familia deben garantizarlos, por ello la protección integral para ellos es una prioridad para el Estado.

Advierte la ley 1098 en el artículo 97 de 2006 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 Código de la Infancia y la Adolescencia; establece la competencia de éstos funcionarios así: será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde se haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional”.(Pág. 78).

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, el Estado colombiano armoniza la legislación interna con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia.

La definición de Protección Integral, contempla cuatro tipos de acción afirmativa de los derechos, conforme a lo estipulado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1991): Reconocimiento, garantía, prevención y restablecimiento:

Según el Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 7, (2006), declara:

“Reconocimiento de los derechos de los niños, pero también de las niñas. Es decir, reconocimiento de la dignidad constitutiva de los seres humanos desde la gestación y durante su desarrollo, pero también de la infancia como categoría social, como componente estructural y actuante de la vida social. Se reta a la sociedad a modificar sus representaciones sobre niños, las niñas y los adolescentes, a “re-conocerles” en su calidad y dignidad de sujetos y, en consecuencia, a transformar relaciones y prácticas sociales. Entendido de esta manera, el reconocimiento implica la construcción de condiciones para que todos los contextos de socialización de la infancia y la adolescencia, se conviertan en espacios que favorezcan el ejercicio responsable de sus derechos.

Reconocer los derechos del niño implica y requiere acciones democráticas provenientes de la acción del Estado a través de las políticas, planes y programas y, al mismo tiempo, la movilización ciudadana para la transformación de las relaciones en el ámbito privado”. (Pág. 228)

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Garantía del ejercicio de los derechos.

“Consiste en asegurar las condiciones para ejercer la ciudadanía. En esa medida, la garantía, como se explicó anteriormente, compete enteramente al Estado como primer compromisario, ante la comunidad internacional y ante sus propios ciudadanos, de proveer las condiciones de ejercicio pleno, protección y restablecimiento de los derechos bajo los principios de universalidad e integralidad.

La exigencia de garantía llama la atención sobre la adecuación en cobertura, acceso, calidad y eficiencia de los servicios públicos relacionados con los grupos de derechos, teniendo en cuenta las características y necesidades de niños, niñas y adolescentes, y con el propósito de una construcción efectiva de equidad. Esta exigencia deberá atender las particularidades culturales, económicas y sociales de las comunidades y, en el ámbito individual, condiciones como género, discapacidad, ciclo vital, diversidad sexual, condiciones específicas de vulnerabilidad, entre otras.

En virtud del Derecho Internacional, el deber de los Estados se hace exigible ante organismos internacionales, con lo cual el grado de responsabilidad de todos los actores es indiscutible”. (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 7, 2006, Pág. 228)

Los derechos de los niños niñas y adolescentes, están consagrados en la convención de los derechos del niño de 1979, así los procesos de adoptabilidad también están cobijadas, y Colombia como país garante de derechos de sus niños ha ratificado y firmado acuerdos para que los procesos de adopción cuenten con todas las garantías de ley, para el disfrute de los derechos humanos.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, el Estado colombiano a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar destaca cuatro acciones para garantizar los derechos ellos son:

- Prevención de su amenaza o vulneración.

Prevención de todos los riesgos posibles para el ejercicio libre y autónomo de sus derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes. Incluye el conjunto de acciones para detectar de forma temprana dichos riesgos, comprender de manera completa y compleja su origen y naturaleza y, por supuesto, las acciones para contrarrestarlos.

Y advierte la misma ley 1098 de 2006:

“Implica una actitud propositiva, no reactiva, consciente no sólo de las realidades y amenazas del contexto con sus complejas dimensiones, sino de las repercusiones contundentes que para este grupo de población, y por tanto para la sociedad, significa ver amenazada su dignidad, su integridad, su desarrollo y su capacidad de participación”(Pág.228).

- Restablecimiento de Derechos vulnerados.

Significa reconocer la singularidad, la libertad, la capacidad de todo niño y toda niña para desarrollarse plenamente y supone un contexto de equidad y respeto. Requiere resignificar el estatus de niños, niñas y adolescentes que han sufrido la vulneración de sus derechos y la acción de todos los involucrados y responsables de su restablecimiento, y restaurar la dignidad e integridad de los primeros como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

“Señala el Código que el restablecimiento de los derechos vulnerados es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas. Las medidas que la autoridad competente tomen para restablecer el ejercicio de derechos, deberá asegurar la vinculación del niño, niña o adolescente a los servicios del Sistema Nacional de Bienestar Familiar” (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 7, 2006, p.228)

La Constitución Política de Colombia (1991), en el Art. 45 prescribió que: “el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral y que el Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud” (pág. 27).

En relación con la protección constitucional a los adolescentes, la Corte Constitucional (2008) ha considerado que:

“Ellos están comprendidos en el concepto amplio de “niños” de que trata el Art. 44 de la Constitución y por tanto gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Corte Constitucional, Sentencia C-740/08, 2008, pág. 26).

Como lo cita el párrafo anterior los adolescentes por ser menores de 18 años, también gozaran de todas las garantías de ley, según la constitución política.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

En el tema de la adopción funciona de la siguiente manera: después de que el defensor de familia decreta que los niños, niñas y adolescentes sean declarados en adoptabilidad, toda la carpeta es decir la información del menor, la verificación de ausencia de parientes que lo puedan acoger, cuando el defensor(a) de familia determina que el niño o niña se encuentra en estado de abandono y puede ser adoptado, se le pasa el caso al juez de familia, que actúa como una segunda instancia, el juez acompañado del ministerio público revisa todo el proceso las pruebas, y si percibe alguna inconformidad, entonces devuelve el caso al defensor para las respectivas correcciones, así el defensor no toma la última decisión, esto le corresponde al juez de familia como se expresa a continuación, con la salvedad de que no ocurre en todos los casos.

Es coherente con la constitución que, por razón del interés superior del niño y la protección especial que le da la Constitución política y tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano, se sometan las decisiones administrativas adoptadas por los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, en relación con dicha protección, a la homologación o confirmación de los Jueces de Familia, que hacen las veces de segunda instancia, ya que por su carácter especializado, por petición de una de las partes o del Ministerio Público y que si la autoridad administrativa no toma su decisión sobre la actuación o sobre el recurso de reposición dentro del término legal correspondiente, pierda la competencia y deba remitir el expediente al Juez de Familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo. En ambos casos se pone de manifiesto el interés plausible del legislador de otorgar efectividad a la protección especial de los niños y niñas, mediante decisiones calificadas por parte de una jurisdicción especializada, que otorgan certeza con carácter definitivo y confieren también celeridad al reconocimiento de sus derechos.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

El tratadista Guastini (2006), refiere: “La supremacía constitucional es un principio inherente a toda forma de vida constitucional, por tanto, es indispensable advertir su dimensión real en cuanto a su naturaleza”.

El Doctor Rosario (2011), menciona:

“La Constitución no será suprema por su carácter de norma fundante, sino que lo será en la medida que aloja elementos axiológicos que incidan en la vigencia y protección de los derechos humanos, armonizados con los criterios internacionales en dicha materia.

La naturaleza dual no conlleva una negación del principio de no contradicción sino, por el contrario, implica una dimensión real y necesaria para que los contenidos sustanciales de la Constitución se vean garantizados a través del grado de primacía que solo la supremacía en su forma óptima puede propiciar”. (Pág. 46)

Es importante, igualmente, señalar el criterio o posición de Ferrajoli (2009) frente a la direccionalidad de la ley, el cual afirma:

“La administración pública tiene ámbitos decisorios en el Estado Social de Derecho, pues su labor de reglamentación y de ejecución de la Ley, entraña, unas veces, el uso de facultades discrecionales para la determinación del interés general; o la necesidad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados expresados en la norma habilitante. En ambos casos, la inexistencia de respuestas unívocas en su aplicación, ya sea porque existan dos o más alternativas de interés general (indiferentes jurídicos), en el primer caso, ora porque se planteen varias formas plausibles de interpretar el concepto jurídico indeterminado, implica que la administración, a través del servidor habilitado, deba

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

realizar un juicio valorativo sobre tales alternativas, por lo que se hace necesario exigir de éste, que su decisión final lo sea bajo pautas de racionalidad y razonabilidad. Con ello se pretende evitar el riesgo de arbitrariedad, en los procesos valorativos.

A pesar de las similitudes entre la función jurisdiccional y la función administrativa, se debe reconocer la existencia de importantes diferencias en la labor hermenéutica y de aplicación de la Ley que se les encomienda”.

La especial característica de la función administrativa de propender por la consecución del interés público o interés general, no es óbice para dejar de someter a juicios lógicos y de argumentación jurídica las determinaciones adoptadas por la Administración Pública a través de sus servidores, cuando quiera que se vean enfrentados a casos difíciles o de varias alternativas plausibles de elección. Ello conduce a entender que la aceptabilidad racional de sus decisiones permite el cumplimiento de las exigencias de legitimidad social y certeza jurídica que debe respetarse en un Estado Social de Derecho, como fundamento de la garantía de libertad de la población y de la paz social.

Marco histórico

El tema sobre la protección integral de niños niñas y adolescentes para garantizar sus derechos no es nuevo, desde principios del siglo XX los países fueron adoptando normas para regular su protección, aún no existían términos como: sujeto de derechos, garantías de derechos, restablecimiento; pero igual se legislaba aunque precariamente, pero esos son los inicios del

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

restablecimiento integral de derechos para niños, niñas y adolescentes como se conoce hoy en día.

En la actualidad se enuncian las normas internacionales y normas internas de los países quienes se han preocupado en formular medidas de protección encaminadas a salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Tanto así que ya existe la protección integral.

Pero para realizar en breve recuento de las normas que amparan tales derechos se deben enunciar teniendo como objetivo principal lo siguiente: “atender los intereses superiores de los niños, darle relevancia al menor incluyendo en una participación directa de política pública, sin quitarle la importancia de que el primero que vela por esos derechos es la familia”.

En el gobierno de Carlos E. Restrepo se dicta la Resolución 23 de mayo de 1911 y surge el principio de protección del niño contra el maltrato físico y psíquico de los adultos.

En 1927, en el gobierno de Miguel Abadía Méndez se dicta la Ley 56 en la que se regula la defensa del menor, especialmente la protección contra la explotación laboral y se establece que los padres deben garantizar un mínimo de educación para sus hijos que comprenda las bases necesarias para la vida.

De acuerdo a la UNICEF (1997) Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, creada en (1946), con el objetivo inicial de ayudar a los niños y niñas después de la segunda guerra mundial. Unicef:

“Hoy busca garantizar el derecho que tiene todo menor a subsistir y desarrollarse hasta su adolescencia, trabaja para mejorar la nutrición y salud de la infancia, la educación básica de los menores y la protección de los niños y las niñas contra la violencia y la explotación”. (pag.8)

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

En 1948 es proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos que consagra en ella también los derechos del niño.

El 20 de Noviembre de 1959 se proclama la Declaración de los Derechos del Niño en donde se consagran 10 Derechos en favor de la niñez. La declaración consta de 10 principios y su objetivo es el bienestar del niño, el gozo de sus libertades y derechos. En esta declaración los 78 países miembros acogen estos principios para la protección del niño, y aceptan que es de obligatorio cumplimiento, así el niño es reconocido como sujeto de derechos.

El Convenio de Organización Internacional del Trabajo OIT, de 1976, regula con respecto a la edad mínima sobre la admisión al empleo. Asumiendo así una verdad ya conocida por todos, el trabajo infantil es una realidad y los Estados deben poner de su parte para regular las jornadas laborales, evitar que hagan oficios que atente contra su salud, contra su bienestar, regula que los niños y niñas deben trabajar a partir de los 15 años

En el gobierno de Carlos Lleras (1966-70), se tramita un acto legislativo, la Ley 75 de 1968, y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un ente de carácter nacional, con presencia en todo el país, con una misión clara “brindar protección a los niños, las niñas y los adolescentes en Colombia, independiente de su color, su religión su origen étnico, y velar por las condiciones del mismo”. Gracias a esta ley se dio una legislación orgánica sobre el derecho de familia y la protección de todos sus integrantes en especial los niños, se creó el instrumento capaz de presentar una política social y de coordinar los múltiples trabajos aislados del Estado, la Iglesia y los particulares. Esta ley es de gran interés, pues crea el ente rector para proteger los derechos de la familia en Colombia; con la aparición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es que se empieza a crear una asistencia legal y un amparo a los derechos de los

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

menores, es así que el ICBF es la respuesta que el Estado Colombiano da a la problemática que para ese entonces se vislumbraba con las familias con conflictos, desintegradas y la niñez abandonada.

Las Leyes 27 de 1974 y 07 de 1979 acaban de estructurar legalmente el Sistema Nacional de Bienestar Familiar. La Ley 07 de 1979, sentó las bases para la elaboración de una verdadera política sobre la protección y desarrollo de la niñez en Colombia. En su título I se incluyen 10 artículos que hablan de los derechos y de las necesidades de la infancia, que de hecho se constituyen en una clara alusión a los principios proclamados por las Naciones Unidas en su Declaración de los Derechos del Niño y adaptados a las necesidades y problemática de la infancia colombiana. Además se ampliaron programas que no se habían contemplado como por ejemplo programas de adopción.

En el año 1979 también se consolida el sistema nacional de bienestar familiar, el cual se convierte en la herramienta prioritaria del gobierno, para modernizar la atención a la familia en Colombia, en especial a los más vulnerables dentro de la sociedad como son los niños, las niñas, los adolescentes, los ancianos y los discapacitados; gracias a esa ley los principios rectores de la convención de los derechos del niño, toca terreno y se consolida como una política de Estado.

En 1979 se declara el año internacional del niño y se inicia el proyecto de Convención Internacional de Derechos del Niño desarrollada por la comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En este año ya aumentan los principios rectores de los derechos de los niños y niñas. El año 1979, marca un hito en la protección de los derechos de los niños, pues Naciones Unidas declara el año internacional del niño, algo nunca antes visto, este avance y sus

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

connotaciones obligaron a los países a promover políticas para la garantía de los derechos de los niños y niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

El 2 de septiembre de 1990, se ratifica por veinte estados la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual pretende establecer para todos los pueblos un instrumento de validez universal.

El Estado Colombiano con la Ley 12 de 1990:

“Legisla a favor de la niñez, contemplando aspectos fundamentales para el desarrollo, protección, participación y supervivencia de los menores, y promueven su desarrollo armónico, físico, intelectual, afectivo y psíquico, también se garantiza el derecho a ser protegidos de actos que vulneren su desarrollo integral”. (Congreso de la República, Ley 12, 1990).

Esta ley 12 es de suma importancia, ya que estimula para garantizar un desarrollo armónico, un bienestar preferencial a los niños, niñas y adolescentes, al promover la participación, exige que el gobierno en su conjunto adopte medidas para vincular a los niños en actividades que posibiliten su crecimiento integral.

El Convenio de Organización Internacional del Trabajo OIT, número 182 de 1999, sobre:

“La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación protocolo facultativo a la convención de los Derechos del niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en pornografía”.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Este convenio es muy positivo para evitar que los niños y niñas sean explotados, así la ley regula los oficios que puede realizar un niño o niña, preservando su integridad, su honra y sus derechos humanos, las PFTI y su sanción son de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados miembros.

Se encontró el Protocolo facultativo a la convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños para la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada; la Convención de la Haya sobre adopciones Nacionales e Internacionales, así como la Convención de la Haya sobre Restitución Internacional de Niños.

Decreto No.2737 del 27 de Noviembre de 1989, Código del Menor, el cual estuvo vigente hasta que entro en vigencia la Ley 1098 de 2006. El antiguo Código del Menor se sustentaba en un enfoque de situaciones irregulares para lo cual identifica nueve situaciones sobre las cuales el Estado debía brindar atención, en este sentido el menor solo requería de la protección del Estado.

La constitución Política de 1991 se pronuncia con respecto a los derechos de los menores y anota de manera relevante que los Derechos de estos prevalecen sobre los derechos de los demás. Esta prelación establece una regla de autorización de trato a favor de grupos históricamente marginados, por lo cual declara un mandato de protección por una circunstancia de debilidad manifiesta.

La Ley 1098 de 2006, de infancia y adolescencia la cual tiene por finalidad:

“Garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armónico desarrollo.

Este Código reconoce al menor como sujeto de derechos que deben ser protegidos y garantizados por el Estado de forma integral.; estas normas son de orden público y de

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

obligatorio cumplimiento, cuya legislación y protección legal es irrenunciable, se aplicara con preferencia a otras leyes”. (Código de la Infancia y Adolescencia, Artículo 5, Ley 1098 de 2006, pág. 15).

La ley 1098 de 2006, que reemplazó el Código del menor, bajo estos preceptos se insta una nueva relación rescatando el principio de igualdad y protección preferencial de la ley y la sociedad civil con los niños niñas y adolescentes, este código establece que el término “menor” es peyorativo y discriminatorio, por lo cual ya no se utiliza, esta ley deja en claro que los niños y niñas son sujetos de derechos y en forma especial, el Estado debe garantizar sus derechos por encima de los adultos, esta distinción ajustada a la realidad colombiana es un avance más de la ley para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que históricamente han sido maltratados y utilizados para trabajo y sus peores formas.

Para la protección, cuidado y atención de los niños, niñas y adolescentes, la ley es muy clara y busca que todos sus derechos sean protegidos y garantizados, así surge el concepto de protección integral la cual según el Código de Infancia y Adolescencia (2006):

“Contempla el conjunto de principios que se consagran en los Convenios de Derechos Humanos, en especial la Convención Sobre los Derechos del Niño, y que se recogen en la normativa nacional la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia como base de la interpretación de sus disposiciones”. (Pág. 6)

Colombia ha venido acogiendo e incorporando diferentes instrumentos internacionales que reconocen los derechos de las niñas y los niños con un enfoque de integralidad y

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

prevalencia; dicha incorporación la realiza de manera expresa en el Artículo 93 de la Constitución Política y en el artículo 44 ibídem cuando se elevan a rango superior y fundamental los derechos de los niños y las niñas.

Especialmente lo contemplado en los siguientes artículos:

“Artículo 42: 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 progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

Este artículo es claro en determinar que el niño como sujeto de derechos no es responsable por la unión de hecho de sus padres, por lo cual el Estado lo protege.

“Artículo 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.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

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

“Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Artículo 67: El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

Artículo 68: Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa”.

En los artículos también se encuentra la obligación de garantizar el derecho a la salud para todo recién nacido hasta un año, lo cual muestra como el Estado aún es precario al no poder garantizar la obligatoriedad de la salud a todos los niños menores de 5 años, en un estado social de derecho, se debe preservar el derecho a la salud como bien supremo de todos los niños niñas y adolescentes. Mientras que el artículo 68 se refiere a la libertad de credo y a la no obligatoriedad para los niños de recibir un credo religioso como parte de su formación, así el derecho a la libertad de culto se cumple los niños.

Estado del arte

Sobre la legislación concerniente a la protección integral y al restablecimiento de los derechos de los niños niñas y adolescentes, se han hecho grandes avances, y todos apuntan a

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

mejorar y optimizar las normas, los preceptos que rigen el tema tan controversial como el de la adopción como última estrategia del Estado para el restablecimiento integral de los derechos de los niños, según Londoño (2007), realiza una esquematización del procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes partiendo de la norma que regula tal procedimiento, la ley 1098 de 2006, precepto que compromete al Estado a través de las diferentes autoridades, entre estas: Policía Nacional, Defensorías, Comisarías de Familia, Inspecciones de Policía, Personerías Municipales o Distritales al restablecimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia y ante tales autoridades se debe acudir si acontecen situaciones que generen condiciones de riesgo o vulnerabilidad de los mismos.

La expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia refuerza el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado en lo atinente a la atención, cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la prestación de servicios sociales que les compete a las instituciones públicas o privadas, particularmente en las temáticas de escolaridad y salud, con políticas encaminadas a propender por una amplia cobertura de sus derechos fundamentales.

El procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, aplica cuando se presenten situaciones de inobservancia, amenaza o vulneración; se habla de inobservancia cuando hay incumplimiento, omisión o negación de acceso a un servicio; se configura la amenaza de un derecho, cuando se está frente a una situación de inminente peligro o de riesgo para el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes y finalmente, la figura de la vulneración tiene su origen en el daño, lesión o perjuicio que impide el ejercicio pleno de sus derechos.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

En su texto, Londoño (2007), hace un análisis concienzudo respecto de la normatividad y las políticas adoptadas por el Estado colombiano orientadas a la meta tan anhelada de procurar el restablecimiento integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, que se constituye en toda una filosofía jurídico-política teóricamente encantadora, no obstante, no se muestra coherente con la realidad presupuestal asignada a las distintas autoridades administrativas, entre ellas, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las diferentes entidades territoriales en todos los niveles.

Con una perspectiva igualmente analítica los autores Durán, Guáqueta y Torres (2011), contextualizan la regulación del procedimiento de restablecimiento de derechos en el sentido de que si bien es cierto se han creado los mecanismos legales para garantizar una protección sustancial respecto de los derechos que les asisten a los niños, niñas y adolescentes, también resulta evidente, que no se puede predicar que tal protección integral se contextualice en la realidad, primordialmente si se evalúa la situación partiendo del contexto rural. En tal proporción refiere que:

“De acuerdo con los estándares internacionales, los Estados deben actuar oportuna y eficazmente ante las situaciones de vulneración de derechos. En este artículo se presentan los hallazgos de un estudio de caso sobre el funcionamiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar de Colombia, en el restablecimiento de derechos vulnerados. Se analizan los logros, dificultades y problemas, así como el nivel de cumplimiento y aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia, concluyendo que aún en la capital del país, donde hay una alta concentración de recursos y programas, falta bastante para llegar a una protección integral efectiva y a una respuesta

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

contundente en el restablecimiento de los derechos”. (Durán-Strauch, E., Guáqueta-Rodríguez & Torres-Quintero, 2011, pág. 549)

Propone la utilización del proceso de restablecimiento de derechos como una herramienta de acción, que en últimas debe llevar a la consecución del objetivo de restablecer el ejercicio pleno e integral de derechos; por ende, debe ser imperiosa y necesaria la opinión del niño, niña o adolescente, la que hará parte estructural del acervo probatorio fundamento de las decisiones que se adopten; tal procedimiento debe contar con la participación de diferentes instituciones públicas y privadas, amparadas bajo el principio de corresponsabilidad, entre ellas la familia, la sociedad y el Estado.

Acevedo Vélez y González (2012), resaltan:

“Para que se llegue a un restablecimiento integral de los derechos de la infancia y la adolescencia obligación que recae sobre la familia, la sociedad y el Estado resulta imperioso el que se efectúe un acompañamiento familiar por parte de las Instituciones correspondientes, que se centra en cuatro aspectos relacionados así: El acompañamiento familiar se concentra en cuatro aspectos: 1) Intervención de apoyo; 2) Intervención pedagógica o psicoeducativa; 3) Intervención socioterapéutica y 4) intervención de interfaz o en red”. (Pág. 166).

Con una visión un poco más crítica, el artículo, Prácticas dirigidas a la restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de desamparo y desafiliación social en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007), arroja que en cuanto a la estrategia de

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

articulación entre las instituciones encargadas del proceso de restablecimiento de derechos, existe imposibilidad o dificultad en cuanto a su implementación, como quiera en la mayoría de los casos no hay compaginación entre las mismas entidades y en últimas tales intervenciones no llegan a ser del todo efectivas.

Parte también por evidenciar la débil estrategia relacionada con el acompañamiento o seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas por los operadores de la norma, pues en la realidad tales procedimientos no se efectúan con la rigurosidad que les merece.

La legislación atinente a la materia debe ir de la mano con políticas públicas estatales capaces de ampliar los márgenes de acceso a los distintos derechos sociales, encaminados a disminuir los riesgos que conlleven a la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Camargo (2009) en su artículo denominado, Estado del Arte Sobre la Política Pública Nacional de Primera Infancia toma como base para desarrollar su investigación el artículo 44 constitucional, enfatizando en la obligación que recae en la familia, la sociedad y el Estado de brindar y garantizar la protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La Ley de Infancia y Adolescencia compromete al Estado y a la sociedad a garantizar, de manera prioritaria e inexcusable a los niños niñas y adolescentes derechos tales como el de tener una familia y a no ser separado de ella, a tener un nombre, a la salud, a recibir una alimentación equilibrada y al cuidado y amor, entre otros; procurando reducir situaciones que amenacen o vulneren sus derechos, entre estas:

De acuerdo con la Corte Constitucional, sentencia C – 157 de marzo 5 de 2002:

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

“El abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y los trabajos riesgosos También recae sobre las autoridades la obligación de restablecer los derechos de los niños objeto de maltrato, abuso y explotación sexual”.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, describe a la familia como el eje fundamental en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, enfatizando en el principio de corresponsabilidad por medio del cual se establecen roles y compromisos entre las diferentes autoridades administrativas y judiciales que deben velar por el efectivo cumplimiento del restablecimiento de los derechos de los niños, entre estas están el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Registraduría Nacional del Estado Civil, Acción Social y las entidades territoriales.

Considera prioritario en materia de restablecimiento de derechos establecer líneas de acción eficaces que sirvan de fundamento para entender el desarrollo de la infancia, revisar si se ha avanzado en materia de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y si las medidas y lineamientos de políticas públicas han sido efectivos.

En tal sentido, se tiene como aspecto en común que para procurar resultados importantes y considerables en materia de restablecimiento de derechos, las instituciones encargadas de velar por tal procedimiento deben trabajar mancomunadamente en procura del mismo; sin embargo, sobre este aspecto también surge discrepancia en el sentido de que no resulta suficiente el trabajo desplegado por las instituciones encargadas de velar por el restablecimiento de derechos de los

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

niños, niñas y adolescentes, por cuanto no siempre estos, resultan efectivos, siendo necesario realizar un esfuerzo en implementar medidas certeras para su ejecución, la elaboración de nuevas leyes concatenadas éstas con políticas públicas adecuadas para la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De otro lado, en aquellos trámites que conducen a la declaratoria de situación de abandono de los menores, deben los funcionarios administrativos que lo adelantan observar estrictamente la Constitución y en especial el derecho constitucional fundamental al debido proceso; las autoridades públicas deben tener presente que sus decisiones han de ser el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio (art. 29 C.P.), mucho más los Defensores de Familia para quienes es imperativa la sujeción a la Constitución y a la Ley, por cuanto las decisiones que adoptan afectan directamente a la familia y por ende a la sociedad. Por ello tienen el deber constitucional y legal de garantizar como el que más, el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de la igualdad de las partes, evitando que las medidas adoptadas en ejercicio de sus atribuciones resulten excesivas, desproporcionadas y no respetan los derechos antes indicados.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Capítulo II. La discrecionalidad del Defensor de familia en los Procesos de Restablecimiento de derecho y adopción

La estrategia metodológica que se utilizó para la investigación fue de carácter exploratorio, de orden bibliográfico, pues se tuvieron en cuenta fuentes de carácter jurídico como las leyes y la jurisprudencia de las altas cortes, así mismo leyes tratados y acuerdos firmados por Colombia para los trámites de adopción.

Por la naturaleza de la investigación, esta fue de carácter bibliográfico, apoyados en textos jurídicos, sentencias y leyes, se hizo un análisis detallado sobre el orden legal en donde se ubica el defensor de familia para el restablecimiento de derechos a los niños niñas y adolescentes; el método de investigación fue el análisis de casos, que permitió analizar el fenómeno objeto de estudio en su contexto real, utilizando múltiples fuentes de evidencia, cuantitativas y/o cualitativas simultáneamente.

El enfoque jurídico que se le dio a la investigación relacionada con el análisis sobre las facultades que le otorga la ley al defensor de familia para el restablecimiento de derechos-adopción de niños niñas y adolescentes en Colombia, parte de casos concretos, donde se evidencia la vulneración de los derechos de los menores por funcionarios de instituciones del Estado.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Bloque de constitucionalidad

Los Derechos de los niños son Supranacionales de obligatorio cumplimiento, ya que son vinculantes para el estado colombiano. Según Fajardo (2006):

“El Bloque de Constitucionalidad es uno de los más importantes aportes de la Constitución de 1991 al sistema jurídico colombiano. Su función fundamental es la de servir como instrumento de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos extra del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el País”. (Pág. 46)

Entonces el bloque de constitucionalidad da garantías constitucionales y fortalece la democracia, la justicia en el país, gracias a este muchas decisiones judiciales que afectan a este, contenidas en el bloque de constitucionalidad tienen carácter vinculante para la ley colombiana. Al defensor de familia a través de la aplicación del bloque de constitucionalidad se le otorgan aún más facultades para proteger los niños, niñas y adolescentes, sin embargo en la práctica se pueden tomar decisiones contrarias a derecho.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Y continúa Fajardo (2006):

“Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio: i) servir de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y, iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. (Pág. 213)

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como la Sentencia T-671/10. Magistrado ponente Jorge Pretelt Chaljub; la Sentencia C-740/08”.M. P. Araujo, J; Sentencia T-090/10”M.P. Pretelt y otras sentencias hacen referencia a la garantía de derechos para los niños niñas y adolescentes, además existen normas internacionales para la protección garantía y promoción de los derechos de los niños, por lo cual integran el bloque de constitucionalidad strictu sensu. El bloque constitucional tiene principios y normas de valor constitucional, que amparan, garantizan y promueven los derechos de los niños niñas y adolescentes; que están en sintonía con el texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas sentencias en lo que se refiere al Bloque de Constitucionalidad, tratándose de niños, niñas y adolescentes, para garantizar o

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

restablecer los derechos fundamentales y prevalentes de los mismos, entre las cuales se puede resaltar, la sentencia C-203 de 2005, M.P. Dr. Cepeda, quien manifestó:

“Es lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado el bloque de constitucionalidad, pues con fundamento en esa disposición los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, integran la Carta Política, tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto de la Carta, y entran a complementar su parte dogmática.

Las autoridades administrativas competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, según el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son los defensores de familia y comisarios de familia”.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuenta con unas dependencias multidisciplinarias, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, denominadas Defensorías de Familia, las cuales cuentan con equipos técnicos interdisciplinarios integrados por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista, entre otros, sus conceptos tendrán el carácter de dictamen pericial.

El actor principal de estas dependencias es el Defensor de Familia, quien será por excelencia el director del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos y sus providencias para todos los efectos serán tenidas como actos administrativos. Igualmente intervendrá en interés del niño, niña o adolescente, para promover las acciones pertinentes en los

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

asuntos judiciales y extrajudiciales de familia; sin perjuicio de la presentación legal y judicial que corresponda.

En relación a las funciones específicas del defensor de familia, concretamente en cuanto a las actuaciones administrativas, respecto de las medidas de restablecimiento, un de ellas es declarar la situación de adoptabilidad, una vez agotado el proceso de restablecimiento de derechos en donde muchas veces se vulneran los derechos no solo de los menores sino también de la familias biológicas y familia extensa en donde se desconoce los derechos de los menores y sus familias porque este determina que estando el menor con su familia no se le brinda la protección de debida y autoriza la adopción en los casos previstos en la ley.

Todos los defensores de familia deben tener en cuenta que la garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución Colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, que tienen las partes que intervienen en el proceso, sino que exige, además, el ajuste a las normas preexistentes, la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas, la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

En especial cuando la actuación del Defensor de Familia involucre a un niño, niña o adolescente, la medida que adopte debe encaminarse, en desarrollo de los deberes constitucionales y legales que el ordenamiento jurídico les impone, a la materialización plena del interés superior de estos.

Las autoridades administrativas como las judiciales deberán adelantar una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean a los menores de 18 años de edad involucrados, prestando siempre la debida atención a las valoraciones del equipo interdisciplinario que se hayan realizado con relación a este y aplicando todos los conocimientos y experiencia para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisfaga el interés prevaleciente en cuestión.

Funciones del Defensor de Familia Decreto 2272 de 1989

Este decreto 2272 de 1.989 creó el cargo de Defensor de Familia, cuyas competencias y funciones se vieron ratificadas con la vigencia del Decreto 2737 de 1989 – Código del Menor y fueron precisadas o estipuladas en el Artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, a la figura del Defensor de Familia le son asignadas por Ley funciones específicas “dirigidas principalmente a velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes así como para su protección integral”. En el artículo 11, se determina la misión general del Defensor de Familia desde tres ámbitos: Intervenir en nombre de la sociedad, defender la institución familiar y actuar en interés de los menores de edad en los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción de Familia.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Igualmente, en el artículo 16 de la misma norma, se extiende la competencia para definir situaciones que se presenten entre adultos en su calidad de padres, como cónyuges entre sí y entre ellos con respecto a sus hijos, lo cual constituye el fundamento para que ahora se le denomine Defensor de Familia.

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

En sus actuaciones el Defensor de Familia deberá prestar especial atención a la prevalencia de los derechos de los niños, sobre los derechos de los demás, la Corte Constitucional ha manifestado que el interés superior del niño, niña o adolescente, es el reconocimiento a los derechos del niño, como una figura jurídica especial, de tal manera que existe una prevalencia de sus intereses y en consecuencia debe existir un trato especial para ellos, que los proteja de abusos y arbitrariedades, garantizándoles así un desarrollo normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral lo cual tendrá como consecuencia una correcta evolución de la personalidad de los niños y niñas.

El defensor de familia debe tener en cuenta que el interés superior del niño parte de una hipótesis donde existen intereses en conflicto, “cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del niño, niña o adolescente “, de tal forma que el intérprete de los derechos de los niños, niñas y adolescentes los debe tomar como fundamentales y prevalentes y darles una protección reforzada.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Así pues, se considera que una medida que limite el goce de los derechos fundamentales prevalentes debe ser sometida a un examen riguroso, mediante el cual se establezca si el sacrificio de dichas garantías es válido y necesario en aras de la satisfacción de los intereses que se le contraponen, es decir que el defensor de familia debe apoyarse en el juicio de ponderación de los derechos de los menores de dieciocho años, para establecer la necesidad de una decisión frente al beneficio que persigue una norma que garantiza derechos.

De otra parte se debe tener en cuenta que resulta obligado guardar un balance entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores, pues de presentarse conflicto entre estos intereses jurídicamente amparados la solución que se ofrezca debe ser aquella que mejor se ajuste a la preservación de los intereses superiores de la niñez. Vistas así las cosas, los intereses de los progenitores sólo podrán equipararse a los del niño, niña y adolescente solo cuando se satisfaga el interés prevalente de la infancia.

Dentro del proceso administrativo, de encontrarse probada la inobservancia, amenaza o vulneración, el defensor de familia podrá emitir “Resolución de declaratoria de adoptabilidad” o “Resolución de declaratoria de vulneración de derechos”³ contra la cual las partes podrán interponer el recurso de reposición, verbalmente si asistieron a la audiencia o dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución por estados si no concurrieron a la misma. El recurso deberá ser resuelto por la autoridad administrativa o sea por el defensor de familia.

La declaratoria de adoptabilidad, proferida por un defensor de familia, se presenta cuando el niño, niña o adolescente ingresa al Sistema de Protección Integral del ICBF, bajo un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, siempre que se determine la ausencia de la

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

familia o que ésta no garantice las condiciones para el ejercicio pleno de los derechos del niño, niña o adolescente y constituye el factor de su vulneración, el defensor de familia declarará su adoptabilidad.

La declaratoria de adoptabilidad tiene como efecto la terminación de todos los derechos provenientes de la patria potestad y debe de ser inscrita en el libro de varios de la Notaria o la oficina de registro del estado civil.

Cuando se verifique que en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que culmine con la declaratoria de adoptabilidad, no se cumplieron los requisitos formales para su validez y eficacia, esta decisión podrá ser revocada por el defensor de familia directamente, si se encuentra el término establecido por el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 o por revocatoria judicial a través de la homologación.

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. Sin embargo el amplio espectro que le proporciona la normatividad a este funcionario en cuanto a sus atribuciones frente a los menores, puede dar como resultado una extralimitación en perjuicio de los mismos derechos que se pretende preservar.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Sistema Nacional de Bienestar Familiar

El Sistema Nacional de Bienestar Familiar es el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre éstos, para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, y al fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal.

Este nace como respuesta a la existencia y desarrollo de la familia, de los niños, niñas y adolescentes concatenado con una Política estatal amparada bajo la protección integral.

Su Misión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 7 de 1979, es: “La prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar, para reconstruir y fortalecer los lazos familiares, asegurar y apoyar el cumplimiento de los deberes de sus miembros, tutelar los derechos y brindar protección a niños, niñas, adolescentes y sus familias”. (Congreso de la República, Ley 7 de 1979)

De conformidad con el artículo 205 de la Ley 1098 de 2006, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Ley 1098 de 2006 - Código de la infancia y la adolescencia

En el Capítulo III, artículo 79, se contempla la figura de las defensorías de familia, señalándolas 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.

El artículo 80 establece las calidades para ser defensor de familia. Igualmente el artículo 81 consagra los deberes que tales funcionarios deben cumplir. Así mismo, el artículo 82 indica las funciones que corresponde cumplir al Defensor de Familia, precisando en el numeral 14 la de declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente.

De otro lado, la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, determina que su finalidad es: “Garantizar a los niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098, 2006, artículo 1, pág. 15), de hecho un defensor no puede garantizar los derechos a una vida armoniosa y un desarrollo pleno, el defensor de familia, surte unos trámites, se infiere antes de la entrega del niño en adopción, que es un hogar probo, una familia estable, donde se cultivan valores, como la solidaridad, el amor, el respeto, la armonía familiar, así el Estado cumple con garantizar a este niño el derecho a una familia.

En la actualidad el defensor de familia, se constituye en el garante de la efectividad de los derechos de las niñas, de los niños y de los adolescentes, ante todas las entidades públicas y

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

privadas; es un servidor público, que actúa en diferentes frentes; ejerce distintas competencias; tiene funciones de Policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad o cuando decide sobre el estado civil de los niños o decide sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas jurisdicciones. Especial atención merece la función del Defensor de Familia cuando actúa como un “Administrador de justicia” para verificar, garantizar y restablecer los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, en donde, después de protegerlos provisionalmente, debe declarar, si lo considera necesario, su estado de adoptabilidad y tramitar el proceso de adopción cuando la familia no puede asumir sus obligaciones o no garantiza ni su trato, ni la protección como el apoyo moral y afectivo de su prole. Es entonces el defensor de familia quien ejerce múltiples funciones, administrativas, ante la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación tomando decisiones de intervención directa.

Según el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. La adopción, vista como medida de restablecimiento de derechos, procede cuando ha sido declarada la situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente por no contar con familia nuclear o extensa o cuando, existiendo la misma, no ofrece garantías a pesar de las acciones adelantadas y pruebas practicadas por la autoridad competente y el correspondiente equipo interdisciplinario. La única autoridad competente para declarar situación de

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

adoptabilidades el defensor de familia, por lo que habiéndose adelantado proceso administrativo de restablecimiento de derechos por el mismo funcionario , el comisario de familia o el inspector de policía en que deba declararse situación de adoptabilidad, estos deberán remitir al defensor de familia todas las diligencias para proceder de conformidad.

El comité de adopciones de la respectiva regional, de la cual hace parte el defensor de familia, es el ente encargado de definir si existe integración entre adoptante y adoptado. Además verifica los requisitos de idoneidad física, mental, social y moral para la adopción de niños, niñas y adolescentes que se han solicitado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Finalmente, asesora y orienta a la sociedad y en general a la comunidad en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.

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

El defensor de familia, como cabeza del equipo interdisciplinario de la defensoría de familia, interviene en nombre de la sociedad y el Estado para hacer efectivos, promulgar y defender los derechos de la infancia. Debe prescribir orientaciones tendientes al fortalecimiento de la familia, al control de la natalidad, a la prevención del maltrato, al abandono, a la

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

explotación económica o sexual de la infancia, mediante formulaciones de asesoría socio jurídica con carácter pedagógico, dentro de acciones preventivas extrajudiciales.

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

Jurisprudencia sobre la adopción en Colombia

Según la Corte Constitucional, se declara:

“Respecto al principio de Interés Superior el Estado, en cabeza de todos y cada uno de sus agentes, tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento efectivo de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; la Corte Constitucional ha realizado un extenso recorrido por su contenido y alcance, afirma la Corte que en el trámite de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

de los menores y su desarrollo libre y armónico”. (Corte Constitucional, Sentencia T-587, 1998).

Precisa la Corte Constitucional en sentencia T-671/1088 (2010), sobre las omisiones y falencias procedimentales en el trámite administrativo adelantado por un Defensor de Familia de un Centro zonal de Bogotá, que:

“Siendo el proceso de restablecimiento de derechos un mecanismo de defensa y protección de tantos niños y niñas que a diario se encuentran expuestos a situaciones de indefensión, vulneración o menoscabo de sus derechos, queda en tela de juicio el restablecimiento material de sus derechos. Particularmente en materia de adopción, siendo un tema de bastante complejidad por su misma naturaleza, pues se ha podido evidenciar en su trámite que en realidad no se da lugar a la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuando se toman medidas y decisiones apresuradas e incorrectas que muestran la ausencia de pruebas determinantes y omisiones que no logran fundamentar las decisiones adoptadas”.

Colombia en el escenario internacional sobre el tema de adopción

No sería para menos el esperar que un tema tan importante como la adopción de niños, niñas y adolescentes fuera debatido en escenarios internacionales, es por ello que dicha figura se enmarca normativamente, a nivel internacional, dentro del Convenio de la Haya relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción, que vela por la protección de

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

menores que sufren circunstancias sociales, políticas y económicas adversas y la normativa propia de los países.

En cuanto a los procedimientos estos se encuentran orientados a establecer las garantías necesarias para que las adopciones se realicen en consideración al interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y el respeto a sus derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, ratificada por el Estado colombiano y que conforma el “bloque de constitucionalidad” de la Nación como parte del ordenamiento jurídico interno, reconoce 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 y niñas, reconoce además que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad, ellos y ellas deben crecer en el seno de una familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. De acuerdo con la Convención, la familia debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad y para poder cumplir con las obligaciones de preparar al niño para una vida independiente en sociedad.

Lo que se espera es que todas las adopciones sean lícitas, tengan carácter transparente y no supongan la explotación de los niños, niñas y familias involucrados en las mismas, sino que les beneficien y se tengan en cuenta la prevalencia de sus derechos. En algunos casos, sin embargo, las adopciones no se han realizado dando prioridad al interés superior de los niños y las niñas ya que los requisitos impuestos y los procedimientos empleados no fueron suficientes para prevenir las prácticas deshonestas. La persistencia de las debilidades sistémicas ha dado lugar al

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

secuestro y la trata de menores, a la coerción y la manipulación de sus padres biológicos, a la falsificación de documentos y al soborno.

La Convención sobre los Derechos del Niño, que orienta las labores de UNICEF, estipula claramente que todos los niños y niñas tienen derecho a crecer en un entorno familiar, y en la medida de lo posible, a conocer a sus familias y a ser criados por ellas. Debido a ello, así como a la importancia y al valor que tiene la familia en la vida de los niños, las familias que necesiten ayuda para poder formar a sus hijos tienen derecho a recibirla. Solamente cuando, a pesar de contar con acceso a ayuda, la familia no puede o no quiere criar al niño o la niña, se deben buscar soluciones adecuadas y basadas en la integración del niño a una familia estable, a fin de que pueda crecer en un ámbito donde reciba amor, atención y apoyo. El Convenio tiene como objetivo garantizar que los procesos de adopción sean adecuados y honestos. En el Convenio se otorga prioridad máxima al interés superior del niño y se ofrece un marco de referencia para la aplicación práctica de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos a las adopciones internacionales. Entre ellos figuran la obligación de garantizar que las adopciones de esa índole cuenten con la autorización de las autoridades competentes, de obtener el consentimiento previo con conocimiento de causa de todas las partes interesadas, de asegurar que las adopciones internacionales se lleven a cabo bajo las mismas normas y protecciones que se aplican en las adopciones nacionales y de que no involucren intereses económicos para quienes participen en las mismas.

Con las obligaciones señaladas por la Constitución, los tratados internacionales y el Código de la Infancia y la Adolescencia, el Estado debe intervenir por medio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y adelantar las actuaciones administrativas pertinentes

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

con el fin de establecer si es o no conducente adoptar medidas para separar al menor de su familia, procurando siempre la protección de sus derechos; por lo tanto, los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en el Código de Infancia y Adolescencia; en ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

La constitución es norma de normas, todo lo escrito allí es de obligatorio cumplimiento, de hecho se afirma que la constitución de 1991 así lo determina es un Estado social de derecho, democrático que tiene por principio rector el de la primacía constitucional o sea la ratificación del modelo político de Estado Social y Constitucional de derecho en donde se consolidan el carácter jurídico de la Constitución como la norma de normas.

En la sentencia T-510 del 2003, la Corte constitucional enfatiza en que “La familia fue catalogada por el Constituyente como la “institución básica” y la “célula fundamental” de la sociedad en los artículos 5 y 42 de la Carta, privilegiando una especial protección. Si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación.

Y más adelante afirma:

“Amparar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella es un deber constitucional del Estado en procura del desarrollo integral de la infancia; se tiene que el anterior derecho se debe asegurar como garantía de la unidad familiar de los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella”.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en el Código de Infancia y Adolescencia. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

Sin embargo, cuando la familia no cumple con las obligaciones señaladas por la Constitución, los tratados internacionales y el Código de la Infancia y la Adolescencia, el Estado debe intervenir por medio del ICBF y adelantar las actuaciones administrativas pertinentes con el fin de establecer si es o no conducente adoptar medidas para separar al niño niña o adolescente de su familia, procurando siempre la protección de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a la preservación de la unidad familiar, en la medida que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En consecuencia, las autoridades públicas “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”.

Es así como la ley garantiza la prevalencia de los derechos de la niñez y la adolescencia, de igual manera, debe velar para que éstos tengan las condiciones materiales para su desarrollo y tengan la posibilidad de ser activos y partícipes en el disfrute de las mismas, de modo que puedan desarrollarse integralmente y ejercer sus derechos responsablemente.

Renovar e innovar en las relaciones supone una adecuación institucional que trascienda efectivamente y permita la interacción que aclare el significado para cada uno de los actores implicados, generando la posibilidad de participación de todas las partes y así difundir los derechos de los menores y como protegerlos.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

La prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia, expresa para su implementación el interés superior y la prevalencia de los derechos. Debe promoverse entre las distintas normas asociadas a la garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes en cumplimiento del interés superior y de su prevalencia.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Conclusiones

Esta investigación sobre el restablecimiento de derechos- adopción contribuyó a enunciar los aspectos jurídicos de la adopción de niños, niñas y adolescentes en Colombia. Identificar cuáles son las funciones y competencias de un defensor de familia, establecer si la adopción en Colombia es un proceso ajustado al marco legal donde se busca garantizar los derechos al niño, niña o adolescente, es un tema de interés, por generar amplios comentarios sobre su función, en donde encontramos que el papel del defensor de familia es muy amplio lo que en la práctica no le permite abarcar a cabalidad su ejecución, permitió conocer, los tramites de restablecimiento de derecho-adopción como proceso legal, social, cultural y económico, entraña muchas relaciones familiares, afectivas, morales etc. dentro de la sociedad, y el papel que desempeña el defensor de familia..

La hipótesis del trabajo fue analizar que las niñas, niños y adolescentes adoptados en Colombia no gozan de todas las garantías legales, afectivas, psicosociales que debe abonar el Estado como primer responsable de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales y humanos. Esta hipótesis surge sobre la base de que el defensor de familia tiene bajo sus hombros muchas atribuciones entre ellas la difícil decisión, pues se trata de la vida de una persona y su familia, de allí se define una vida de éxitos, placer y garantía de derechos, o se convierte en un trauma para el niño; por lo cual bajo la premisa de los actos responsables, se entiende que la defensoría como institución garante de derechos, es competente para liderar el proceso.

En conclusión, se tiene que se ha legislado suficiente sobre la materia, así también se evidencia una importante creación de políticas públicas encaminadas a la prevención, promoción

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

y protección de los derechos en cabeza de la población infantil y adolescente; empero, así mismo se muestra palpable la vulneración en ocasiones de dicha normatividad por las autoridades encargadas de importante responsabilidad y el quehacer frente a una situación de afectación de derechos en sus diferentes modalidades, inobservancia o amenaza; surge entonces la necesidad de implementar medidas tendientes a evitar que autoridades encargadas del restablecimiento sea en todos y cada uno de los casos, exigiendo un verdadero compromiso y se lleve a cabo el seguimiento que obliga la ley, en las situaciones en las que esté involucrado el restablecimiento de los derechos de un niño, niña o un adolescente, procurando evitar una recaída en la misma situación de inobservancia, amenaza o vulneración según el caso particular.

Todo lo anterior hace reflexionar sobre la conducta desplegada por algunas autoridades como un proceso de observancia de la legalidad en el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes y ello implica un compromiso estatal y social que parte del reconocimiento de las expectativas sociales e institucionales en el cumplimiento de la normatividad.

Se pretende entender las facultades que le otorga la ley al defensor de familia en el trámite de restablecimiento de derecho- adopción, cabe anotar que dicho proceso puede ser sujeto al conocimiento de parte del juez de familia, quien en conjunto con la Procuraduría, analiza si el trámite goza de toda la legalidad, en caso contrario, los documentos serán devueltos al defensor de familia, Para aclarar alguna duda o dudas en el proceso.

El tema del restablecimiento de derecho- adopción es un tema muy espinoso, pues se trata de seres humanos desprotegidos, que buscan una buena vida o una familia, los trámites están cargados de confianza y compromiso de los padres, padres adoptantes y de las garantías que tiene el niño o niña para el disfrute de una familia.

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Referencias

Acevedo, J.M., Vélez, L.C., González, L.K. (2012) *Estrategias de Acompañamiento Familiar para el Restablecimiento de Derechos de la Niñez en el Contexto de Hogares Sustitutos*. Revista Katharsis. Institución Universitaria de Envigado. Julio 26 de 2012.

Camargo, G. (2009) *Estado del Arte Sobre la Política Pública Nacional de Primera Infancia*.

Colombia, Congreso de la República (1968). *Ley 75 30 de diciembre de 1968* "Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar". Bogotá. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4828>

Colombia, Congreso de la República (1979). *Ley 7 24 de enero de 1979* "Por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones". Bogotá. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13506>

Colombia, Congreso de la República (1989). Decreto 2737 de 27 de noviembre de 1989, "Por el cual se expide el Código del Menor". *Diario Oficial* N° 39.080, Art. 30. Bogotá. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4829>

Colombia, Congreso de la República (1990). Ley 12 de enero 15 de 1990. "Por la cual se toman medidas para reactivar económicamente la Concesión de Salinas " *Diario Oficial* No 39.143. Bogotá. Recuperado de: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1990/ley_0012_1990.html

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Colombia, Congreso de la República (2006). Ley 1098 de 2006 "por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia". *Diario Oficial* N° 46446, decimoséptima Edición, Editorial Leyer. Salazar, E., Bogotá, D.C. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.

Colombia, Constitución política de Colombia 1991, (2010). Ortega Torres, J. Undécima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá.

Colombia, Convención Internacional sobre los derechos del niño, (1991) "fue aprobada y adoptada en Colombia a través de la Ley 12 del 22 de enero de 1991" Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Colombia, Corte Constitucional (1998). "*Sentencia T-587, del 20 de octubre de 1998*". M.P. Cifuentes, E. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002) "*Sentencia C-157/02*". M. P. Cepeda Espinosa, M.J. Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2003) "*Sentencia T-510 de 2003*". M.P. Cepeda Espinosa, J. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005) "*Sentencia C-203 de 2005*", M.P. Cepeda Espinosa, M.J. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-203-05.htm>

Colombia, Corte Constitucional (2008) "*Sentencia C-740/08*". M. P. Araujo, J., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2010) "*Sentencia T-090/10*" M.P. Pretelt Chaljub, J.I. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-090-10.htm>

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

Colombia, Corte Constitucional (2010) “*Sentencia T-671/10*”M.P. Pretelt Chaljub, J.I.

Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-671-10.htm>

Convenio de Organización Internacional Del Trabajo OIT, número 182 de 1999. Recuperado

de: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-chic.htm>

Declaración de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959) *Asamblea General de las*

Naciones Unidas. Recuperado de:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/4/pr/pr20.pdf>

Durán Strauch, E., Guáqueta Rodríguez, C. A. y Torres Quintero, A. (2011). *Restablecimiento de*

derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar.

Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. Vol. 9, Núm. 2

Manizales, Julio –Diciembre de 2011. Versión Impresa ISSN- 1692-715X

Fajardo, L.A. (2006) *Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de*

Colombia. Docente Investigador Universidad Sergio Arboleda

Ferrajoli, L. (2009) *Derecho penal y razón.* Teoría de garantismo penal 1.989 Tratado de

Ibañez, A., Ruiz, M., Bayon J., Terredillas y Cantero R. Recuperado de: Revista

electrónica/Facultad de derecho y ciencias políticas/Universidad de Antioquia/No.2/Año/

1/ISSN 2145-2784/Septiembre-Diciembre de 2009.

Guastini, R. (2006) *La Constitución como límite a la Legislación,* en Carbonell, M. Teoría de la

Constitución. *Ensayos escogidos,* México, D. F., Porrúa-UNAM.

Hoyos, I. (2012) *Informe de Vigilancia Superior sobre el programa de Restablecimiento de*

Derechos-adopción. Bogotá. Recuperado de:

RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE MENORES EN COLOMBIA

http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//96_INFORME%20VISITA%20ICBF%20ADOPCIONES%2003%20de%20diciembre.pdf

Informe Estadístico de la Procuraduría General de la Nación Delegada para la Infancia y la Adolescencia (2012). *Comisarias de familia*. Bogotá, Colombia Recuperado de:

<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%206%20ene%2012-12.pdf>

Instituto colombiano de Bienestar Familiar (2000). *Fortaleciendo el sistema nacional de Bienestar Familiar elementos básicos para la articulación*. Bogotá: División de Recursos Materiales y Físicos Subdirección Administrativa del ICBF, p. 11

Londoño, J. (2007) *Procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes según la 1098 de 2006*. Revista Universidad Católica de Oriente No 24

Rosario, M. (2011). *La supremacía constitucional: naturaleza y alcances*. Centro de Investigación de la Universidad de la Sabana. Artículo vinculado a la línea de investigación de “Derecho Constitucional y Derechos Humanos”. Recuperado de: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/>

UNICEF (Fondo para las Naciones Unidas para la Infancia), (2007). *Código de la Infancia y la Adolescencia versión comentada*. Bogotá: Editorial: Unicef, p. 8.