

**Análisis Jurídico- doctrinal de las políticas del ICBF que imposibiliten garantizar el
Derecho a la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes en condición de abandono.**

Luz Adriana Gómez Sánchez

Estefany Julieth Villalba Jaimes

Luis Fierro Acosta

Universidad la Gran Colombia

Facultad de posgrados y formación continuada

Especialización en Derecho de Familia

Bogotá D.C.

2015

**Análisis Jurídico- doctrinal de las políticas del ICBF que imposibiliten garantizar el
Derecho a la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes en condición de abandono.**

Luz Adriana Gómez Sánchez
Estefany Julieth VillalbaJaimes
Luis Fierro

Tutor
Nicolás Jaramillo Gabanzo

Universidad la Gran Colombia
Facultad de posgrados y formación continuada
Especialización en Derecho de Familia
Bogotá D.C.
2015

Resumen

Al ser Colombia uno de los países que ha ceñido su ordenamiento jurídico y su legislación a la garantía y protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes, y que a su vez, ha sido un país firmante de varios tratados, pactos y convenios que tienen por finalidad la armonización del principio de dignidad humana, en la legislación interna en cuanto al apoyo que debe brindar el Estado. Se hizo necesario analizar si es garantizado de manera correcta y precisa, el derecho al debido proceso que brindan las entidades correspondientes en las actuaciones administrativas que conllevan a la declaratoria de abandono de los niños niñas y adolescentes. Debido a que en los casos analizados se evidenciaron vulneraciones a los lineamientos establecidos por el Estado en la garantía al derecho del debido proceso de estos niños. Y por ello partiendo de esa necesidad se ideó el presente escrito.

Palabras clave

Dignidad humana, debido proceso, protección, vulneración

Abstract

As Colombia one of the countries that adhered its legal system and legislation to guarantee and protect the rights of children and adolescents, which in turn, has been a signatory to several treaties, pacts and agreements aim at harmonizing the principle of human dignity, in domestic legislation regarding support to be provided by the State. The right to due process providing the relevant entities in administrative proceedings leading to the declaration of abandonment of children and adolescents became necessary to analyze whether it is secured properly and accurately. Because in the cases analyzed violations of the guidelines established by the state in guaranteeing the right of due process of these children were evidenced. And so based on that need this letter was devised.

Key words

Human dignity , due process, abandonment, protection, violation

Tabla de contenido

	pág.
Introducción.....	6
Capítulo I.....	8
Fundamentos conceptuales.....	8
Fundamentos Históricos.....	18
Vulneración al Principio de Dignidad Humana	21
Capítulo II.....	46
Análisis de resultados	46
Análisis jurisprudencial.....	47
Conclusiones.....	69
Referencias	

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objeto analizar la jurisprudencia, constitución y la ley, en busca de identificar las posibles falencias en las actuaciones administrativas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cuanto a las políticas y garantías del Derecho a la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes, debido a la problemática social a la que hay lugar en nuestro país en ocasión al abandono que sufren los menores por parte de sus familias.

Como valor social identificamos que la mayoría de casos de abandono surgen por negligencia, es decir, niños que no reciben por parte de sus padres el trato ni las condiciones aptas para vivir, lo que es más preocupante de esta problemática social es que son precisamente los padres los llamados a materializar la unidad familiar brindando protección y asistencia al menor para garantizar su desarrollo y disfrute pleno de los derechos fundamentales.

Por consiguiente establecemos que el abandono es un tipo de violencia, y por ende cuando un menor es abandonado por su familia entra el Estado a brindar garantía por medio de entidades descentralizadas como lo es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pero el gran desafío no es solo restablecer los derechos a los niños, niñas y adolescentes en esta condición, si no que se desencadenan controversias respecto a la aplicación de las actuaciones administrativas que en muchas ocasiones en pro de defender los menores causan un daño más grave alejándoles de disfrutar y gozar de las garantías constitucionales, ya que se encuentran limitados en algunas actuaciones y extralimitados en otras, por consiguiente pasaremos a identificar aquellas actuaciones administrativas llevadas a cabo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que vulneran de manera directa el principio de Dignidad Humana en aquellos niños niñas y adolescentes declarados en condición de abandono y no solo los que estén

declarados si no los que requieren de esta declaración y por no instaurar la debida acción por parte de su representante legal les puede ser negada la protección, en concordancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional pasaremos hacer el análisis respectivo, partiendo desde una contextualización social que ilustrara la problemática en relación con la trascendencia histórica que ha venido siendo parte de la actualidad que hoy enfrentamos en nuestro diario vivir.

Entraremos a describir el problema social del abandono de niños, niñas y adolescentes y el surgimiento del principio de Dignidad Humana como valor jurídico en cuanto a modo, tiempo y lugar históricamente y en la actualidad.

Como fundamento esencial de nuestro trabajo de grado interpretaremos los conceptos acerca de la dignidad humana por medio de la línea de investigación de la Universidad sobre familia, conflictos sociales y protección social, para posteriormente hacer el análisis de dichas sentencias por medio del método de investigación Jurídico-Doctrinal, ya que este nos permite interpretar claramente las falencias en las actuaciones administrativas e identificar como aquellas vulneran el principio de Dignidad Humana de niños, niñas y adolescentes declarados en situación de abandono.

Capítulo I

En este capítulo se presentara la situación problemica y su contextualización, además de dar la explicación pertinente a la normatividad legal, la cual influencio en el eje central de la presente investigación. Se hará un recorrido histórico en donde se devela la situación histórica de las entidades que han brindado por parte del Estado la garantía al principio de dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes y posteriormente se enuncian los fundamentos teóricos y doctrinales.

Fundamentos conceptuales

Hoy en día, la noción de “dignidad humana” es considerada un concepto clave en el desarrollo del discurso de los derechos humanos. Es el pilar en cual descenden todos los derechos inherentes del ser mismo, debido a que es el componente principal en la creación de la democracia y la justicia, el principio de dignidad humana se ha utilizado por diferentes normatividades en distintos contextos en todo el mundo convirtiéndose en un principio universal. Al ser llevado en el ámbito de la protección que el Estado debe garantizar a los niños niñas y adolescentes se establece que en todos los procedimientos llevados a cabo para la garantía y protección de la dignidad humana el Estado debe dar todo lo que este a su alcance para propiciar un escenario de equilibrio entre este principio y el interés superior del niño.

Kant es seguramente el filósofo que colocó el concepto de la dignidad humana en el mapa del discurso moral moderno. Esta aseveración encuentra lógica en la protección y garantía que el Estado debe brindar a todos sus ciudadanos incluyendo en este caso a los menores en estado de abandono.

Acorde con *Aguirre (2010)* el sentido primario de dignidad es, para Kant, un sentido legal y político. Este sentido es expandido como analogía operativa al dominio de la ética con el fin de resaltar el valor especial y único que puede ser predicado de los seres humanos en cuanto son seres racionales capaces de establecer y seguir leyes morales. Por tanto es establecida la dignidad humana para ser operada y dirigida hacia los seres humanos con el fin de que las leyes estén integradas por este componente.

Plantea *Dávila (2012)*. Es menester decir que aunque la igualdad le es connatural a la dignidad humana, ello no significa que ésta siempre sea conceptualizada de la misma manera. La dignidad humana es concebida básicamente de dos formas diferentes: como valor y como estatus. Comprendida como valor, se quiere decir que moralmente no existe nada cuya estima pueda igualarse a la de un ser humano, y constituye a la vez la base del respeto mutuo.

Por otro lado la responsabilidad y el deber que tiene la familia en la protección y la garantía de la dignidad de sus miembros es de tal relevancia que en ella se constituye la célula social por excelencia como lo describe *Monrroy (2012)*. Es la agrupación natural más importante, porque no es posible la vida en sociedad sin la familia. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

De tal modo que en las situaciones de abandono se evidencia una clara deficiencia del cuidado personal que deben llevar a cabo los padres. En el núcleo familiar se encuentra el pilar de la sociedad, cuando hay un desequilibrio en la protección y garantía de los deberes de familia se puede evidenciar una desprotección y vulneración directa a la dignidad de sus integrantes.

La responsabilidad de los padres no puede solo proponerse en la etapa gestante del menor, hay que entenderse que desde el mismo momento de la concepción se empieza a arraigar las responsabilidades por parte de estos, de tal manera que se asegure la consolidación del grupo familiar en el entorno social porque al ser la familia una célula social por excelencia se le asegura consigo el cuidado personal de la crianza, la educación de los hijos y la obligación a proporcionar un desarrollo integral. Como Monrroy (2007), lo afirma al ser la familia la agrupación natural más importante no es posible la vida en sociedad sin la familia.

Las relaciones de afecto, de cuidado y de formación en las que el niño es incluido aún antes de nacer, son las que le permiten este desarrollo personal en todas sus dimensiones. Asegurándole una seguridad y garantía de desarrollo pleno y constante por tanto la familia juega un papel fundamental, que es difícilmente sustituible.

De tal entendido es innegable que la familia aporta al crecimiento del ser humano la figura más importante y garante frente al individuo como en la sociedad. La familia se limita a los padres y a sus hijos, y siendo una agrupación de carácter colectivo, tiene una dirección o autoridad, como lo plantea Monrroy (2012), no se puede tomar a la

familia como una individualidad sino como un núcleo compartido de varios integrantes en donde se fijan las responsabilidades y deberes de los mismos.

Ya lo menciono Suarez F, (2006). La familia es una célula infra estatal, es el factor esencial en la organización de la sociedad y el Estado; esto explica porque en las naciones civilizadas se han expedido estatutos que reglamentan los derechos y obligaciones, surgidos de su seno. Tendencia que se agudiza día a día que a medida que resalta la influencia trascendental que ejerce la célula familiar, la familia ha influenciado en la creación y regulación de derechos a nivel mundial, debido a la importancia de esta al ser esencial en la organización y el Estado se establece un nexo indisoluble entre lo jurídico y lo social debido a que no podría existir uno sin el otro.

Todos los seres humanos necesitan nichos familiares y afectivos durante mucho tiempo, que les permitan llevar una vida individual y colectiva plena y satisfactoria. Como lo esgrime Suarez F, (2006). Es evidente que al interior de la familia y de su expresión afectiva se puede construir la identidad y los rasgos que llevaran al ser humano a su auto valía y a proyectarse en el ámbito social. por tanto los padres son los directamente facilitadores legítimos del tránsito del espacio intimo de las relaciones familiares a las relaciones más amplias con la sociedad.

En la concepción de Suarez F, (2006) se afirma que la relación integral por la cual los menores se encuentran a disposición de la orientación, regulación, decisión, etc. Se direcciona con la responsabilidad y la tenencia de los padres y otros familiares y en algunos casos de establecimientos o entidades familiares etc, para todos los efectos de

su desarrollo comenzando por el cuidado. No solo los padres y familiares ostentan la calidad de garantes ante los menores sino que esta es una obligación que debe guardar tanto el Estado como las entidades competentes que han sido creadas para tal fin.

Desde el punto de vista jurídico formal, mientras la relación familiar es una relación jurídica fundamental para la identificación de la convivencia grupal y social la tenencia y responsabilidad representa una relación jurídica entre los encargados y sujetos de ella para obtener su desarrollo y que ordinariamente es presupuesto del cuidado de los menores y expresión de la unidad y pertenencia que los menores tiene de una familia. Como lo planteo Lafont, P. (2012).

La tenencia y la responsabilidad proveniente de los padres como lo explica Lafont, P. (2012). Es una relación jurídica que ostentan los padres y que por tanto debe generar un vínculo entre estos, vínculo que cuenta con nichos afectivos y jurídicos a su vez ostentando una conexidad tanto social como jurídica. Pero no solo puede hablarse a la ligera de esta conexidad, aquí hay que entender que la responsabilidad es proveer una relación familiar solida que permita un desarrollo al individuo en un grupo social y que por tanto de consuno se entiende una proporcionalidad entre obligaciones y deberes reciprocas entre padres y núcleo familiar, La convivencia social y grupal puede llegar a ser definida por la integridad que la familia le haya de proporcionar al menor, ya que es determinante la influencia que ejerce la familia en el desarrollo del ser humano.

María Escudero (2011) con respecto a la familia nos dice:

La familia tiene la obligación de promover igualdad de derecho, el efecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en familia se considera destructiva de su armonía y debe ser sancionada, son obligaciones de la familia protegerles a los menores o adolescentes de cualquier acto que amenace o vulnere su vida su dignidad y su integridad personal. (p, 1077).

Es entendido que los padres pueden construir andamiajes y entornos que facilitan el desarrollo de habilidades de los menores a partir de los referentes brindados por la familia, tal como lo es el respeto recíproco, la obligación de la familia entonces se encuentra su razón de ser en proteger a los menores y adolescentes de cualquier acto o amenaza que pueda ser contraria a la vida y a la dignidad humana, como lo plantea Escudero (2011). La familia es el lugar en el que se aprende a conocerse, a relacionarse, a comunicarse. Por esta razón, la familia juega un papel muy importante en la formación de los niños y las niñas. La familia debe ser un lugar en el que coexista afecto, buena comunicación, seguridad, comprensión, y respeto.

Proteger la salud, seguridad y la moralidad de un menor implica un deber de vigilancia que debe ser proporcionado por parte del menor y en caso de haber una afectación que ponga en peligro o vulnere su vida debe ser sancionado como lo asegura Escudero (2011), de tal manera que la familia será garante del desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y adolescentes, así como del ejercicio de todos los derechos reconocidos.

El interés superior del niño, esta entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Para Escudero,(2011). Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes .

Así, el interés superior del niño indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. Esto lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo incluyendo a los garantes de los menores es decir a los padres.

Para Escudero,(2011), En todo acto, decisión o medida administrativa o judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse con relación con los niños, las niñas y adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto con sus derechos fundamentales, con los de cualquier otra persona. A la luz de los antecedentes de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el Estado, reciben en la constituciónun notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de interés superior del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia sobre los derechos de los demás. Desde esta perspectiva, dicha prioridad no es producto de la bondad de la

sociedad adulta o de los sistemas de gobierno, sino que constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana.

De tal modo que el interés superior del niño, resulta ser de vital importancia para una interpretación y una aplicación racional del cuerpo normativo. Debido a que, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales. De esto sobresale en definitiva, que el interés superior del niño debe ser interpretado como un complejo de respeto de derechos fundamentales consagrados en diferentes organismos propios del Estado y adoptado por el deber garantizar el deber estatal de privilegiar los derechos del niño.

Esto implica que la protección de los derechos no puede limitarse o ser parcial sino se debe aplicar a todos los derechos que pertenezcan al menor, no puede subestimarse que solo tenga aplicabilidad el interés superior del niño en algunas ocasiones y en otras no, pues este es preponderante hacia los derechos de los demás.

El interés superior del niño es definido por Lafont P como:

El ordenamiento jurídico Colombiano, parte del supuesto del carácter sustancial que la vida misma de los seres humanos menores tiene como su propio desarrollo, en el sentido de que para la satisfacción de todas las necesidades que se le van presentando en esta primera etapa del hombre, la del hijo hasta los 21, 50, y 77 años de edad, correspondientes ordinariamente a las de los padres, abuelos, y bisabuelos, deben ser satisfechas en forma provechosa y ascendente en

pro a la obtención de un hombre nuevo y mejor al existente. De allí que no solo se admita sino que impulse y garantice el interés superior del menor para este objetivo. (P.29).

Es una obligatoriedad que tanto padres del menor como ascendientes, tomen parte de la formación y protección del mismo. Tal como lo expresa Lafont, el interés superior del niño debe ser el pilar de mayor preponderancia a la hora de lograr un equilibrio que impulse la desarrollabilidad intrínseca del menor, pero que es apenas lógico que no se logre este objetivo sino existe una conexidad entre los derechos de los niños, el sostenimiento familiar y las políticas sociales del estado.

De tal modo, los derechos del niño adoptan el carácter de indivisibles e interdependientes propios de los derechos humanos, instalándose una percepción holística de su desarrollo. Determinando así, la función de los adultos en el ofrecer dirección y orientación apropiadas para que los niños puedan ejercer los derechos que se les reconocen.

Para García,E. (2000). La prevalencia de los derechos de los niños, frente a los derechos de los demás, que establece el artículo 44 de la Constitución, en su inciso final, tienen que entenderse, primero, cuando ciertamente se enfrentan sus derechos fundamentales que la norma enumera, los que otorga el legislador y los tratados internacionales ratificados por Colombia, con derechos de otras personas, pero en manera alguna procede entenderse sacrificar legítimos derechos que no pugnen con los menores. En segundo lugar prevalecen en cuanto se trate de derechos cuya finalidad sea alcanzar las metas que con ellos se proponen. Es necesario, entonces, enseñar que sus

derechos a la integridad corporal, a la vida al nombre, a su libertad de opinión, a la salud, a la educación, implican deberes correlativos, como reiterase, de respeto, obediencia, socorro, total limitación ante los derechos de los demás. Es así como sus derechos pueden prevalecer sobre los demás.

A la luz de lo expuesto el interés superior del niño es una consideración primordial en todas las decisiones y medidas directas e indirectas, relacionadas con ellos, que incluye tanto los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, los cuidados, la protección y la seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad y su derecho a la salud y a la educación son elementos fundamentales para la evaluación y la determinación del interés superior del niño en todas las dimensiones en las que se extiende las garantías que debe traer consigo dicho interés. Por parte de los organismos y mecanismos estatales.

Como lo sostiene García, E(2000). Los derechos del niño deben ser interpretados de manera sistemática ya que en su proporción aseguran la adecuada protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño, por ello son imperativos del estado y de sus organismos la protección de los derechos reconocidos de los menores en el ordenamiento jurídico del país.

Al no existir una proporcionalidad y un equilibrio entre la responsabilidad de la familia y la primacía del interés del menor se puede evidenciar una profunda colisión con la vida digna que debe representar la existencia de los menores, ya que los dos primeros son los pilares de la relación socio jurídica del núcleo familiar y por tanto de la vida

misma del menor. Cuando se evidencia la falta de responsabilidad de la familia en sus deberes como ente garante de la subsistencia del mismo y del desarrollo de los miembros de la familia, se pasa por alto que el interés del menor es prevalente en cualquier ámbito tanto social como jurídico, y se pasa por alto que el interés superior del niño es una directriz, tanto de carácter jurídico como psicosocial siendo un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Por ello cuando este interés es fraccionado o vulnerado se atribuye que trae consigo la falta de responsabilidad familiar de tal manera que es indudable que haya un detrimento a la dignidad humana del menor que dan como resultado el abandono y el maltrato.

Fundamentos Históricos

La dignidad humana desde un contexto histórico es un derecho que tienen todas las personas desde el momento de su nacimiento por el solo hecho de ser humano, esto se reconoció desde el momento de la declaración de los Derechos Humanos en 1948, sin embargo podemos afirmar que tiene precedentes históricos desde el código de Hammurabi A.C. Pero a pesar de dichos avances no todos los hombres eran considerados libres ya que los esclavos y las mujeres no gozaban de dicha condición.

Podemos decir que la declaración universal de los derechos humanos es producto de los acontecimientos de la primera y segunda guerra mundial y la lucha en pro de la libertad, la dignidad, y la igualdad; también es importante destacar que los derechos humanos no se reconocieron por los estados ni universalmente hasta que se establece la Organización de las Naciones Unidas que desde los exterminios colectivos organizados por el poder Nazi desde

Alemania hasta las bombas atómicas arrojadas en Hiroshima y Nagasaki, pasando de esta forma por uno de los episodios más crueles durante la primera y segunda guerra mundial; estos episodios llevaron a reflexionar sobre la dignidad humana y los derechos fundamentales de todo ser humano para garantizar que no se repitan tales atrocidades, es el 10 de diciembre de 1948 cuando la declaración de los derechos humanos es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Después de la declaración de los derechos humanos surgieron nuevas organizaciones para la protección de tales derechos a nivel internacional y fueron surgiendo nuevas declaraciones y convenios internacionales para dicha protección frente a esto se acogieron especialmente los derechos de los integrantes de la familia más vulnerables, puesto que en la antigüedad no se pensaba en ofrecer protección especial a los niños, en la edad media los menores eran considerados adultos pequeños, a mediados del siglo XIX surgió en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños, esto permitió el desarrollo progresivo de los derechos de los menores, y a partir de 1881 las leyes francesas garantizaron a los niños el derecho a la educación, a principios del siglo XX comenzó a implementarse la protección de los niños incluso en el ámbito social, jurídica, y sanitaria, este nuevo desarrollo que comenzó en Francia se extendió más adelante por toda Europa.

La segunda guerra mundial dejó entre sus víctimas a miles de niños en una situación desamparada, como consecuencia en 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, conocida como UNICEF a la cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953, esta organización durante sus inicios se centró particularmente en ayudar a los niños víctimas de la segunda guerra mundial, principalmente a los niños europeos, sin embargo al pasar el tiempo comenzó auxiliar a niños en países en vía de

desarrollo; la organización luego desarrollo unos programas para ofrecer a estos menores una calidad de vida digna como lo es acceso a la educación, buena salud, agua potable, y alimentos.

Frente a la constitución de 1991 la representa el principio de descentralización, con autonomía de sus entidades territoriales, los principios de participación y pluralismo agregan una dimensión filosófica al concepto dogmático de democracia. La parte final referente a que el estado se funda en el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, y la prevalencia del interés general determinan el desarrollo de los demás apartados de la carta magna como fundamento del orden político.

De la misma manera como se creó la protección especial a los integrantes más vulnerables dentro del núcleo social y familiar en el campo internacional, en nuestro país fue mediante la ley 75 de 1968 con la creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al cual se integraron la división de menores del ministerio de justicia y el instituto nacional de salud, dando lugar a la primera expresión de voluntad política para proteger a quienes se reconocían como menores en situación irregular, dando paso de esta manera a nuevos programas que en común velan por la protección a la dignidad del menor, otorgándoles los derechos básicos que por la problemática social como pobreza extrema, falta de información, negligencia, desplazamiento forzado y otros conflictos sociales, hacen que los menores carezcan de dichas garantías constitucionales por parte de los padres, dejándoles en situación de abandono, posterior a dicha situación lo que hace el ICBF es proteger estos menores recogiendo de las calles y brindarles alimentación, educación, cuidado, amor, salud, nutrición, y todas las garantías posibles para que el menor este en un ambiente sano, así mismo, se crearon los hogares comunitarios FAMI – Familia Mujer e Infancia, que hace énfasis en la atención a mujeres gestantes, madres lactantes, niños y niñas

menores de 7 años, en el proceso de socialización y en el mejoramiento de su nutrición y sus condiciones de vida digna. (ICBF 2012).

Vulneración al principio de dignidad humana por la trasgresión al derecho al debido proceso

El derecho al debido al proceso es un derecho fundamental que posee todo ser humano por medio del cual, se hacen valer las garantías constitucionales que se arraigan en el deber del Estado. De tal modo que el procedimiento que reviste las decisiones de las entidades estatales en los procesos de declaración de abandono de los niños, niñas y adolescentes debe seguir los lineamientos establecidos por el estado y en el caso concreto debe verificarse que la vulneración y la amenaza que presenten los niños sea lo suficientemente cierta para tomar la determinación de emprender el procedimiento de restablecimiento de derechos. Por lo anterior se ha evidenciado que las entidades estatales encargadas de velar por la garantía y protección del debido proceso en las actuaciones administrativas no cumplen a cabalidad sus deberes y obligaciones en el asegurar las garantías a las familias biológicas y a los niños, niñas y adolescentes, inmersos en las declaratorias de abandono basadas en la inmediatez de las decisiones administrativas.

Principio de dignidad humana en el contexto legal

Este derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes por el hecho de ser personas se encuentra plasmado en nuestra Carta política el cual reza: artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de

sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (CN Art.1)

Basado en lo dicho los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección sólo por el simple hecho de ser personas y además por ser niños merecen un trato preferencial por parte del Estado y de los entes que lo representan, en este caso en particular el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), que es el encargado del cuidado personal de estos, más si se encuentran indefensos y desprovistos de una familia.

Este artículo representa la protección de los demás derechos y uno de los más grandes avances que trae la Constitución de 1991, ya que la anterior Carta política no lo contemplaba en su articulado.

También está el artículo 93 constitucional que representa un progreso enorme ya que por medio de este y por ratificación del Congreso de la República entran a nuestra legislación interna todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos y se prohíben su limitación dentro nuestro territorio colombiano (CN Art.93)

De manera que gracias a este se ve un amparo más significativo de los derechos de toda la población colombiana, es decir que los niños, niñas y adolescentes se van a ver protegidos tanto por la legislación nacional como por la internacional en su dignidad personal.

Esta Constitución generó cambios importantes y protegió de manera significativa a la niñez, así lo dejó reflejado en varios de sus artículos, por ejemplo el artículo 44 nos dice que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, éste es claro en dar a entender que hay una supremacía y está no se puede quebrantar ni por el Estado ni por los particulares.

La Constitución de 1991 despejó las dudas acerca de los derechos de los niños, porque en su articulado y en especial el Bloque de Constitucionalidad, asiste al legislativo, y que por medio de este ingresan a la normatividad nacional todos los derechos humanos fundamentales y pueden ser aplicados por los jueces en sus fallos, favoreciendo así al individuo en cuestión.

Esto favoreció la salvaguarda de los de los derechos de colombianos y por medio de este se adhieren a las legislación interna tratados sobre derechos humanos que los benefician, dan una base a los jueces para aplicarlos en la resolución de conflictos. Este fue un paso gigantesco en la carta del 1991 en pro de la defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

También podemos citar la Ley 1098 de 2006, que protege de forma clara y sucinta los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no lo dice de forma taxativa pero sin embargo lo da a entender en sus disposiciones generales, donde se establece varios mecanismos de protección que podemos usar para resguardar su dignidad humana. Podemos aprovechar estos mecanismos para salvaguardar sus derechos, ya que ellos son más vulnerables que una persona mayor y estas pueden utilizar sus facultades en cambio ellos no la tienen desarrollada aún.

Esta ley es un adelanto en la defensa de su dignidad como personas, porque esta trae varias pautas de cómo defender y amparar esos derechos que ellos tienen, y además la forma más adecuada de hacerlos valer ante el Estado y frente a los particulares que los quieran vulnerar.

Esta ley trajo consigo cambios significativos en cuanto al amparo y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estos se pueden hacer valer a través de su representante legales o por medio del mismo Estado o las entidades que lo representan, en este

caso en particular el ICBF, que es el ente encargado de la salvaguarda de los derechos de los niños en Colombia. Está es una institución dirigida por gobierno y con autonomía en sus decisiones para los casos referentes a su competencia.

El Estado Colombiano, de clara inspiración humanista y sello personalista, se cimenta sobre el principio absoluto e incondicional de respeto de la dignidad del hombre, así como en el imperativo inexcusable de garantía y promoción progresiva de los derechos imprescriptibles e inalienables que de ella se derivan.

La afirmación de que la dignidad es principio fundante, fin y valor absoluto del ordenamiento colombiano, significa que el Estado reconoce la eminencia del ser humano, sin condicionamientos, y que, por lo tanto, ésta no se puede perder ni decrecer en su exigencia. Ante el derecho, la persona tiene una valía inestimable, no dependiente y en cuanto al reconocimiento de los derechos fundamentales, ninguno asociado es menor que otros.

Basado en lo anterior se puede señalar que Consejo de Estado da a entender que en Colombia se respeta la dignidad humana a toda persona sin importar su condición económica, social o política, es un derecho que nace con el individuo y no se puede traspasar o donar a nadie más porque es un derecho inalienable e intransferible.

La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 24 reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas

para: ... b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.

La Declaración de los Derechos del Niño, artículo 4º:... el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados (Colombia, T-116^a)

Apoyado en lo anterior expresado por la Corte Constitucional se podría decir que el Estado le corresponde ser un garante de los derechos de los niños, sin importar las condiciones de necesidad en que se encuentren estos, se le debe responder de una forma inmediata y decisiva para así poderles proteger de las adversidades a que se vean expuestos por sus padres o particulares o por entidades del mismo Estado. Todo esto basado en su dignidad humana como un derecho fundamental y esté ligado a los demás derechos que trae consigo los tratados internacionales, convenciones y leyes nacionales que los protegen.

Corte Suprema de Justicia dice en la sentencia 31707 de 2007 que: la dignidad humana es uno de los derechos que permanece invariable. La Constitución de 1991 se inspira en un radical humanismo, tanto así que en sus aspectos dogmáticos y prescriptivos se afirma la primacía de la persona humana. El artículo 1º establece que Colombia se halla fundada en el respeto de la dignidad humana, y el artículo 5º dispone que el Estado reconozca, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. La dignidad es reconocida como atributo, condición o esencia del ser humano.

En ese orden, la persona es portadora de su dignidad humana y, con independencia de sus equivocaciones o de actuaciones contrarias a los intereses de otros, no pierde esa condición, por lo que merece un trato digno.

Tomando en cuenta lo antes mencionado se puede evidenciar que los organismos jurisdiccionales tienen conceptos parecidos con relación a la dignidad humana, en enunciar que es un derecho que tiene la persona, que no se puede ni transmitir ni se conferir a los demás, que es parte de cada individuo de la especie humana, y por lo tanto más aún de los niños, niñas y adolescentes, porque estos son más vulnerables por su estado de inocencia.

También el código de infancia y adolescencia trae una protección especial para los menores, ya que cuenta con instituciones públicas y privadas para la amparo de sus derechos en caso que llegaren hacer transgredidos por las personas o hasta por el mismo Estado.

Se puede notar que las leyes en esta investigación no son las del problema, porque hay suficiente protección para los menores, tanto nacional como internacionalmente sin embargo la forma de aplicarlas por parte de Estado, representado por el ICBF, no siempre es la correcta, porque este vulnera derechos fundamentales a los niños y a sus familias, ya que alguna veces declara en estado de adoptabilidad y aparta de seno familiar sin razones de suficientes. La ley 1098 de 2006 trae varias formas de restablecimientos de derechos y la Constitución Política contempla en su artículo 44 que siempre se debe buscar el interés superior del menor, y arrancarlo, llevárselo de núcleo familiar no siempre es la mejor decisión para ellos.

El ICBF siempre debe procurar garantizar el más posible en sus actuaciones administrativas los derechos fundamentales de los niños, ya estos priman sobre los demás.

Estado del arte

La problemática social de menores abandonados por parte de los administradores de sus derechos en este caso sus padres ha sido tema de grandes investigaciones no solo en Colombia si no en todo el mundo, mediante dichas investigaciones se ha podido evidenciar que estos temas han provocado preocupación y así motivado un estudio más profundo de dicha problemática en universidades, y diferentes organismos de protección a los derechos del menor.

Por este motivo nos permitimos en la presente investigación analizar las diferentes teorías investigadas y planteadas en torno a esta problemática social que es muy alarmante puesto que los únicos afectados son los menores.

Comenzaremos por los casos de nuestro país en el departamento de Antioquia, Envigado, las doctoras Ana Milena Espinoza López, Carolina Monsalve Calderón, Sandra Taborda, y Doris Cardona Arango (2007), realizaron una investigación donde identificaron la mayor causa del abandono de menores para esto utilizaron una serie de encuestas graficadas en estadísticas donde como resultado se evidenció que los porcentajes más altos de abandono se presentan de la siguiente manera:

- 1.El abandono o situación de peligro de los menores en su mayor parte eran estudiantes y muy pocos menores eran trabajadores.
- 2.El estrato socioeconómico que presento el mayor número de reportes de abandono fueron el estrato 1 y 2.
- 3.Con respecto al parentesco del menor son hijos de las personas causantes del abandono.

4.El 85% de los casos de abandono a menores es ocasionado por mujeres madres solteras entre los 25 y 29 años de edad.

En lo referente al análisis de las encuestas las investigadoras exponen su propuesta como un problema de educación, económico, ético y cultural, donde es evidente según las condiciones de vida de la mayoría de los casos de abandono que pertenecen a estratos más bajos con padres de bajo nivel educativo y en su mayoría este fenómeno es ocasionado por madres solteras al respecto señalan:

En Colombia, la vida social acusa numerosos problemas que obligan a sus habitantes a actuar de una manera violenta, sin pensar en la responsabilidad ética, moral y humana, que se debe tener con los demás. Todos estos factores de tipo cultural, social, económico, han influido en las fases de desarrollo de los niños, impidiendo que vivan paso a paso y de manera natural su crecimiento físico, mental y social Espinoza, A. Monsalve, C. Taborda, S. y Cardona, D. (2007.)

La propuesta frente al abandono de menores que hacen las investigadoras consiste en adelantar campañas educativas de prevención, concientización de la sociedad en conjunto como un todo para el cambio de estas situaciones que se han vuelto costumbre y la única forma de acabar con el problema de la pobreza y falta de oportunidades.

Es necesario destacar que si bien es cierto según la anterior tesis el abandono a menores es más una cuestión de valores, educación, cultura, económica, en teoría descarga toda la responsabilidad en los padres sin mirar más a fondo las causas de dicha ignorancia y fundamentos de esta situación, tampoco involucra la responsabilidad que debe el Estado al garantizar independiente de todos los factores intervinientes a los menores vulnerados en sus derechos.

Al respecto investigan más a fondo esta problemática las Doctoras Patricia Cuellar, y Alba Lucia Benjumea, al identificar al Estado como principal gestor de la protección al menor en situación de abandono independientemente de sus padres y de su situación económica, social, cultural, al mencionar lo siguiente:

Los programas de intervención, que en principio fueron creados por el Estado para dar solución al fenómeno del abandono, empiezan con la creación de instituciones, pero debido a la poca oportunidad que tienen los cuidadores de brindar al niño o niña la posibilidad de establecer vínculos sólidos (donde los menores puedan satisfacer ampliamente sus necesidades), se ha creado otro programa que ha sido llamado “hogar sustituto”, el cual se originó como otra respuesta para atender a los niños y niñas que se encuentran declarados en situación de abandono o en riesgo de sufrir algún tipo de daño como: maltrato físico o psicológico, abuso sexual y negligencia. A diferencia de las instituciones, los hogares sustitutos se caracterizan por brindar el contexto necesario para que el(la) menor se sienta incluido dentro de la sociedad, por medio de la atención individualizada y específica que reciben dentro de la familia sustituta Cuellar, P y Benjumea, A. (2005)

Podemos observar en este caso como las autoras proponen un apoyo y proceso de acomodación en las familias sustitutas que pueden brindar a el menor un hogar siendo protegidas por el Estado mediante la creación de estas entidades y así enfrentar todas las diferentes consecuencias que pueden generar por el abandono en menores y que al establecerse el menor en estos hogares sustitutos se evitan las siguientes problemáticas sociales que van entre lazadas con el abandono del menor:

1. La crisis ética y la instrumentalización del ser humano.

2. La intolerancia y el desconocimiento de la pluralidad y la diversidad.
3. La discriminación social y la concentración del poder económico y político.
4. La inadecuación e ineficiencia en el desarrollo científico y tecnológico.

En presente tesis se plantea un elemento en común con la anterior tesis respecto al problema social que ocasiona el abandono del menor así como sus consecuencias a futuro, también se encuentra un elemento diferencial al momento de plantear el problema puesto que en la primera teoría se hace la exposición del problema desde su origen mientras que en la segunda tesis se plantea más completa esta problemática empezando por su origen, consecuencias, soluciones posibles y como se logra de alguna manera reparar y proteger al menor en su totalidad brindándole una familia donde crecer y sentirse acogido por un hogar que aunque no siendo el natural le provee un estado de bienestar.

Respecto a este tema han sido varias las controversias y de esta manera encontramos como se diferencian las teorías vistas hasta el momento, mientras que unos investigadores proponen que la solución a la problemática social del abandono de niños y niñas está en el cambio cultural, social, y en educar a la sociedad; otros exponen teorías que buscan la solución del problema en organismos o entidades Estatales y reparar de esta forma el daño causado al menor. Sin embargo, pero a estas teorías se opone la Doctora Nidia Elinor Bisig (2009), quien afirma en su investigación que si bien es cierto que bajo la teoría de regulaciones específicas a este problema para promover la seguridad de la familia para ello por un lado se refuerza la demanda de una legislación taxativamente excluyente de los derechos de quienes se encuentran unidos para la constitución del matrimonio y la procreación y por el otro se bloquean las acciones tendientes al reconocimiento de los derechos de los hijos y es así como estos menores

ingresan al discurso de la caridad y a la condición de desamparados, en esta parte se encuentran elementos de contradicción con la tesis anteriormente planteada ya que la presente propuesta a diferencia de la anterior se opone a la teoría de encontrar solución solo en hogares sustitutos porque considera que es una condición de no ser, siempre al margen de un núcleo social “sano” entonces se cuestiona cual es el valor de la familia legítima, al respecto a dicho:

De este modo, el niño es hijo de –un padre– o no es, no se le otorga identidad jurídica. Sólo se rescatan estas últimas subjetividades como “hijos del pueblo”, mantenidos por el Estado, sujetos de la caridad y conforman la categoría de la infancia Abandonada. Bisig, N. (2009)

La autora hace énfasis en las consecuencias que tienen los menores abandonados y en que si bien el Estado ha implementado mecanismos de defensa a los derechos y garantías sociales que tienen los menores en estado de abandono no solo por parte de sus padres en conjunto, si no que toca un tema muy relevante al mencionar que es un detonante principal al fenómeno del abandono en menores y es el que se presenta cuando el abandono surge solo por parte de uno de los progenitores, es allí donde el padre que queda solo con la custodia del menor en muchas situaciones por presión social y factores de vida y necesidades básicas no satisfechas se ve obligado a abandonar al menor a su suerte, por la carencia de recursos para mantener en un estado de bienestar al menor, es allí donde surge el problema de la infancia que cuando no es acompañada de formación continua dentro del núcleo familiar da como principal consecuencia el abandono acompañado por la delincuencia que en la mayoría de los casos se presenta y dan como resultado nuevas generaciones enfermas, que deben ir acompañada por formación y en muchos casos con lo penal, y es por estas situaciones que el Estado debe garantizar no solo alimento y hogar al menor, estos menores en estado de abandono y peligro deben tratarse desde la educación y apoyo espiritual, psicológico y la enseñanza de un arte u oficio.

En términos económicos es evidente en esta investigación que el problema radica principalmente en la pobreza e ignorancia de la población donde es más alto el porcentaje de menores abandonados o en estado de negligencia ya que la autora no solo expone el abandono fuera del hogar si no dentro del mismo por falta de cuidado, atención y formación.

Cuando de la pobreza se trata esta investigadora va más allá de ver al Estado como único salvavidas ya que en su propuesta introduce al sector privado como una gran ayuda en la capacitación de estos menores para evitar que sean menores delincuentes o delincuentes futuros al respecto se menciona:

La argumentación se centra en la importancia de la enseñanza de un oficio y, para lograrlo, el Estado debe asegurar la tenencia de estos sujetos durante el tiempo necesario para formar un ciudadano útil. Tiempo que equivale, finalmente, al de la infancia, sustrayéndola.

La propuesta para alejar a los niños de la delincuencia consistirá, en resumidas cuentas, en la creación de una serie de instituciones y dispositivos de coerción y disciplinaria en las que el sector privado iría en auxilio del Estado paternalista Bisig, N.(2009)

De acuerdo con las teorías ya expuestas están las doctoras Cecilia López Laurie y Romina Prieto Gómez, al exponer que el abandono infantil se enmarca dentro de una óptica socio cultural pero hacen un aporte nuevo a las teorías ya vistas que es analizar el abandono de menores como una modalidad de maltrato infantil y se reduce a una forma más concreta que expuso en la anterior teoría la Doctora Bisig, que es la falta de atención hacia el infante o el abandono físico del mismo al respecto hacen mención de estos tipos de maltrato:

1. Abandono físico: situación en que las necesidades básicas del menor (alimentación, higiene, seguridad, atención médica, vigilancia, vestido y educación) no son atendidas adecuadamente por sus padres.
2. Abandono emocional: situación en que el niño no recibe el afecto, estimulación, el apoyo y protección necesaria en cada estado de su evolución y que inhibe su desarrollo óptimo, existe una falta de respuesta por falta de sus padres.

A diferencia de las anteriores tesis podemos resaltar que la presente se centra en investigar si las instituciones como hogares sustitutos cumplen realmente con lo necesario para el bienestar del menor hablando psicológicamente y que consecuencias pueden tener estos hogares en la estabilidad de los menores, si bien es cierto mencionan las diferentes organizaciones como la UNICEF donde el desamparo se contempla como una situación extrema son situaciones donde los niños deben ser asistidos y ayudados por los servicios de protección infantil en estos elementos hay conexión con las anteriores tesis, pero si hablamos desde el punto de vista del menor y su salud emocional hace una crítica respecto a que la ley y las organizaciones ven al niño o niña como propiedad de los padres a cuyo cargo está el cuidado y no desde un ámbito subjetivo, esta investigación abarca todo lo relacionado con el bienestar emocional y no solo material de los menores en estado de peligro, pues expone que pese a que el Estado como ente garante de los derechos de los menores puede proveer los elementos materiales para una vida digna no se está muy conforme con la estabilidad y sana vida emocional, en síntesis la solución no solo es la creación de entidades sustitutas de la familia del menor si no que se debe trabajar más para incentivar y educar a la sociedad sobre la importancia de que el menor crezca con su familia natural y de esta manera evitar trastornos de la personalidad y futuros adultos que tengan las mismas actitudes de abandono con sus hijos, faltos de expresión de sus sentimientos,

resentimiento con la sociedad y traumas que en muchos casos son insuperables; esta investigación se trata de mirar más allá de la infancia al niño como futuro adulto e identificar en que se está contribuyendo para acabar con la problemática social del abandono.

Por otra parte hace alusión a la convención interamericana de los derechos del niño que aparece como un hito histórico en la demarcación de los nuevos rumbos en contra de las múltiples manifestaciones de maltrato infantil, al respecto hace el siguiente análisis:

En este enfoque se hace una distinción entre la necesidad, la demanda y el deseo, distinción necesaria para poder demostrar que el niño no es solo un sujeto dependiente, no se trata de un sujeto solo a nivel de las necesidades vitales. A partir de lo dicho es que se puede proponer una aproximación teórica a la problemática del abandono infantil ya no como abandono físico, definido hasta ahora como la falta de atenciones o la falta de la atención a necesidades básicas o la ausencia física de un adulto responsable que se haga cargo López, C. y Prieto R. (2004).

Con respecto a este planteamiento se relaciona perfectamente con la investigación de la Doctora Adriana Gómez Gómez, quien se encargó de profundizar en la formación de los menores que son llevados a hogares sustitutos y fundaciones especialmente en el Centro San Jerónimo Mianien Bogotá, la autora escogió este Centro porque es una de las pocas instituciones delegadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que ofrecen dentro de su programa integral para el menor en condición de abandono la “formación para el trabajo” a diferencia de las anteriores tesis en esta investigación se plantea la necesidad de buscar salida y ayuda al problema del abandono a menores de difícil adoptabilidad que necesitan salir de estas instituciones preparados para la vida.

La presente investigación planteada se diferencia de las antes mencionadas en cuanto a los fenómenos que ocasionan el abandono de los menores por parte de sus padres, atribuye esta situación a circunstancias como desastres naturales y sociales, desplazamiento, enfermedad, conflicto armado, la explotación económica y sexual, vida de calle, presidio, delincuencia. Si observamos con detenimiento son nuevos factores que influyen en muchos de los casos de abandono no mencionados antes y que hacen un gran aporte a nuestra investigación ya que parte de otras problemáticas sociales ya no tanto económicas o educativas en primer orden, si no en un orden secundario aunque no deja de ser la pobreza un factor común de estos menores integrantes del Centro San Jerónimo Miani.

En síntesis esta investigación aporta una nueva visión y oportunidad así como una propuesta a la creación de nuevos centros como este para los menores de escasas posibilidades de ser adoptados por factores como edad, enfermedad, entre otras circunstancias que impiden que encuentren una familia, la autora se preocupa más por investigar qué será de la vida de los menores al cumplir los 18 años de edad.

Al respecto se refiere:

No se puede asegurar con exactitud cuál es el destino de aquellos que cumplen los 18 años y deciden dejar su vida institucionalizada, no son evidentes los estudios que hablen sobre este problema, pues hay factores como el capital social, las habilidades para la vida, la calidad y el nivel de educación alcanzado, la calidad de la formación para el trabajo, entre otros, que inciden en la forma como estos jóvenes van a hacer su proceso de reinserción a la sociedad y de inserción al mundo del trabajo. Gómez, A. (2012)

La presente investigación tiene elementos en común con la tesis analizada anterior a esta donde las autoras se preocupan más por el bienestar del menor a largo plazo y por las capacidades que pueda adquirir aparte de lo materialmente indispensable, se plantea en síntesis una preparación, educación, valores, y estrategias, que colaboren Y contribuyan a que estos menores no sean futuros criminales, si no personas enfocadas y direccionadas a trabajar por un bienestar social.

Al respecto se refiere:

En ese orden de ideas la Política Pública de juventud plantea la búsqueda de acciones que potencialicen las capacidades de los jóvenes para hacer de ellos unos ciudadanos sanos, educados, productivos, participativos, pacíficos y preparados para asumir los retos inherentes a la sociedad contemporánea. Gómez, A. (2012)

Respecto a las tesis planteadas podemos decir que si bien existen muchos elementos en común con nuestra investigación, por ejemplo a mencionar es la situación del menor un tema complicado porque no solo es adoptar al menor en hogares sustitutos si no que también planteamos el brindarle oportunidades de formación y de preparación puesto que consideramos que el abandono del menor no es un tema que solo abarca el momento de la infancia si no que hay que brindar formación para el futuro de los mismos, que posteriormente pueden contribuir a mejorar o empeorar la sociedad según sea formado en su infancia, referente a este tema podemos decir que aunque la creación de centros de preparación de estos menores para la vida al cumplir la mayoría de edad se han establecido, no se han tenido en cuenta por el Gobierno Nacional como prioridad en la calidad y cantidad necesarias en nuestro país, una muestra de esto es los pocos centros que existen hasta el momento.

También encontramos en las situaciones que provocan este fenómeno como es la pobreza, diferencias que habría que debatir desde dos puntos de vista, puesto que si bien es cierto que es un factor que influye y enferma a nuestra sociedad e induce a el abandono de menores por parte de sus padres, también hay que destacar que el Estado Colombiano ha brindado muchas ayudas en los sectores de estratos más bajos como son mercados, bonos, familias en acción, el no cobro de matrículas en colegios públicos, es en este aspecto donde hacemos la propuesta de nuestra investigación, que no es proveer todo lo necesario a las personas menos favorecidas, si no educarlos y formarlos en fundaciones o empresas del sector privado que contribuyan a el cambio, generando empleo y a que las personas aprendan un oficio o arte para subsistir y poder saciar sus necesidades básicas y así fortalecer la vida familiar.

En conclusión el abandono al menor es un fenómeno que se deriva de múltiples condiciones sociales donde desafortunadamente los afectados son los menores y que es Estado quien implementa mecanismo de defensa a los menores, pese a esto y tantas ayudas que se han brindado no ha sido suficientes para evitar el abandono de los menores, nos lleva a reflexionar si es la forma de ayudar o por el contrario se contribuye a que haya más pobreza, más comodidad al sentir el apoyo de un mercado mensual, este tema referente a que entre más pobre es una familia más hijos tiene, y más pobreza se genera, es por esta situación que nuestra propuesta se basa en que haya más educación, formación ,conciencia, prevención, control a estas familias desfavorecidas, y que en los casos que ya no haya nada que hacer cuando los menores estén en total abandono se atienda con la intención no solo de alimentarlo y tenerlo en hogar sustituto mientras que cumple la mayoría de edad esto en el caso de los menores de pocas posibilidades de adoptabilidad, si no que se les forme para cuando salgan de estos hogares no escojan el camino de la delincuencia.

En cuanto a la solución de la adopción consideramos que es una figura que aparece para brindar al menor una familia la cual es una bella propuesta donde el Estado es quien se encarga de vigilar que sea legal y lo mejor para el bienestar del menor.

¿Como el ICBF a través de sus actuaciones administrativas vulnera el principio de la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes en estado de abandono?

Fundamentos teóricos

Los derechos humanos están consolidados en la libertad, la justicia y la paz, tomando como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables en todos los miembros de la familia humana. De tal manera que La dignidad humana no es un accidente, tiene un fundamento ontológico anhelado en el mismo ser del hombre y que puede, manifestarse accidentalmente a través de sus actos. La dignidad no depende únicamente de su obrar sino que se funda, primariamente en su ser, Por eso la dignidad afecta a la persona en su intimidad.

Como lo manifiesta Hoyos (2005) la dignidad humana es absoluta, porque en cuanto la persona es un todo, no está referida a su propia especie, cada absoluto humano es más que la propia especie a la que pertenece, por ello mismo la persona humana no es ni genero ni diferencia específica en ella hay una perfección propia que hace que cada hombre sea digno en si y lo es porque cada quien es un todo. (pág., 195)

El reconocimiento del ser humano como ser personal es una demanda absoluta, que no tiene excepción y debe basarse en criterios objetivos porque si se hace depender ese reconocimiento del cumplimiento preciso de determinadas propiedades cualitativas, se destruye la incondicionalidad de la demanda y se lesiona la dignidad humana.

De tal manera que las dos manifestaciones del principio de la dignidad humana plantean cuestiones de índoles diversas en relación con la posición que han de adoptar la sociedad y el estado frente a esa dignidad. Se vislumbra que al contraponer la concepción doctrinal de la dignidad humana con el problema objeto de la investigación, da como resultado una colisión de forma directa ya que no se puede dar el goce de unos derechos inherentes a los niños niñas y adolescentes cuando no existe una garantía de protección y desarrollo en el resultado final del proceso. Pero es relevante plasmar el significado de menor de edad, ya que en la legislación del país especialmente el código de infancia y adolescencia se los define de la siguiente manera ; se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad, siendo todos estos menores de edad.

De otro lado el abandono lo cataloga María Moliner (1999) como la acción de abandonar, es decir, dejar algo o alguien a quien se tiene la obligación de cuidar o atender, sin cuidado, apartándose o no de ella. Llevando implícito el hecho de que no es necesario alejarse de alguien para tenerlo abandonado como el abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención. No obstante la jurisprudencia determina que el abandono, por parte de quien tiene el deber legal de asistir al menor de edad, además de calificarse como un acto inhumano, lleva implícito un desarraigo y desprotección de los niños, en cuanto que, por esa vía, se les está negando lo que es imprescindible para su propia subsistencia, exponiéndolos a situaciones que pueden comprometer su vida e integridad física y personal, así como también otros derechos que son consustanciales al propósito de lograr su desarrollo integral y armónico, y desconoce los postulados de protección especial que pesa sobre ese grupo

de la población, razón por la cual se justifica plenamente que tal conducta se tipifique y se sancione adecuadamente.

La protección especial de que son titulares los niños y niñas, se entiende referida, sin duda alguna, a todos los menores de 18 años, dado que el catálogo de derechos y el régimen de protección se predicen, en igualdad de condiciones, para todas las personas que no han alcanzado la edad de 18 años, quienes son las que detentan la condición de menores de edad, quedando definido que los adolescentes gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, por lo que son todos los menores de 18 años los titulares del derecho a la protección especial establecida en la Carta y los tratados internacionales de derechos humanos, sin que sea posible establecer diferencias de edad en cuanto al régimen de protección. De ahí que la distinción impuesta por el legislador en el delito de abandono, consistente en otorgarle la condición de víctima de ese delito sólo a los menores de 12 años, excluyendo de tal condición a los adolescentes, es decir, a las personas que están entre los 12 y 18 años de edad, no encuentra justificación constitucional alguna.

De tal manera que se evidencia claramente que la situación de abandono afecta de manera directa la protección a principio de dignidad humana, que es el fundamento de las legislaciones en el país y en el mundo y que por supuesto devela que no se puede velar directamente por el respeto a la persona humana si existe abandono porque esta situación vulnera el principio de dignidad humana en todas sus dimensiones.

Dentro del marco del proceso de restablecimiento de derechos brindado a los menores se contempla una serie de pasos que integran la etapa que da iniciación al mismo como lo es la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la

medida de protección adoptada, la solidez del material probatorio, la duración de la medida, las consecuencias negativas que pueden tener algunas medidas en términos de estabilidad emocional y psicológica del menor, posteriormente si es el caso se ponen los menores a disposición de los hogares de paso y es aquí donde se precisa la atención inherente al problema de investigación, debido a que aparentemente en la fase inicial se presta un acompañamiento al menor, proporcional a la función que debe cumplir el estado en atender de manera inmediata a las necesidades del menor.

Quizás es aquí donde la inmediatez ha obrado un papel determinante en la garantía a largo plazo que se le brinda a los menores en estado de abandono, ya que la solución que propone el estado atiende una necesidad de recuperación importante pero es aquí donde hay que detenerse y entender la realidad que viene para los menores, en primer lugar compartir un espacio físico con niños niñas y adolescentes que oscilan entre diferentes edades y que traen consigo diferentes problemáticas, en segundo lugar en encontrarse con una figura de madre sustituta que aunque representa una figura maternal a simple vista cumple más funciones de empujado que una misión de verdadera sustituta. Porque incluso a las madres se les instruye para que no generen vínculos afectivos hacia los menores que si bien por una lado es lógico pues su función es velar por el hogar de paso también es cierto que en muchas otras funciones como por ejemplo el cariño y el afecto hacia los menores es necesario para que logren un mayor acople y equilibrio que formara supersonalidad y su desenvolvimiento frente a la sociedad.

Ya que la mayoría de los niños que llegan a los hogares sustitos han pasado por situaciones de desprotección que han puesto a los menores en situaciones de peligro vulnerando hasta su derecho a la vida digna dejando a su paso secuelas inevitables. Por

ello se considera en la investigación que no hay nada más prioritario que velar por el derecho a vivir con dignidad.

No se puede hablar de la misma en un espacio que se les brinda a los menores en donde niños y niñas comparten el mismo espacio con menores que se encuentran en diferentes rangos de edad como lo es recién nacidos hasta niños y niñas que oscilan en todas las edades contando con que hay también adolescentes cada uno con un drama diferente. A largo plazo no existen garantías que los menores aunque superen la etapa de abandono con la posible adopción puedan desarrollar una personalidad sana y recuperada de las circunstancias que han pasado, de lo anterior contando con que el menor sea adoptado ya que existen casos en que los menores llegan a cumplir su mayoría de edad sin que sean adoptados y es aquí donde termina la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ya que posteriormente culminan su estadía en el hogar de paso deben integrarse de nuevo a la sociedad sin una familia ya que después de pasar cierto límite de edad es más difícil la adoptabilidad, situación que se suma a la falta de herramientas brindadas por el estado ya que muchos de ellos pasaron toda su infancia y adolescencia en estos hogares de paso. Por ello es relevante resaltar que no siempre la inmediatez del estado en la intervención del proceso de abandono es eficaz y garantiza la dignificación de los derechos de los menores en su totalidad. Por tal razón se visualizó el problema jurídico de la investigación el cual refleja que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar posee límites para garantizar la dignidad de los menores declarados en estado de abandono. Aunque esta entidad es la encargada de proteger a la niñez desamparada, no logra la misión de darles a todos los menores que llegan allí un hogar y menos logra

garantizar en un alto porcentaje que al culminar el proceso de restablecimiento de derechos se logre una integración del menor al seno de una nueva familia y es aquí donde se observa un límite en la debida garantía a la dignidad de los menores ya que los amplios traumas psicológicos que viven estos niños niñas y adolescentes en la espera de ser adoptados e integrados a una nueva familia puede llevar meses e incluso años o en el mayor de los casos ni siquiera ser adoptados , por tal motivo esta situación es el detonante a traumas y sufrimientos psicológicos que padecen estos menores sumados a problemas psicológicos y de comportamiento que traen consigo esos menores antes de llegar a manos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar . Así de esta manera se vulnera el principio de dignidad de los menores, ya que esta entidad estatal no suple totalmente la problemática del abandono.

Se debería tener en cuenta que puede haber una mejora importante incorporando a los hogares sustitutos un funcionamiento diferente es decir fusionar 5 aspectos primordiales los cuales fortalecerían y coadyuvarían a la etapa de crecimiento y desarrollo de todos los derechos que están en juego en la situación de los menores en estado de abandono y que son trasladados a hogares sustitutos en primer lugar formular lineamientos para la ubicación y traslado de los menores dando como prioridad a la ubicación en el medio familiar para así garantizar su estabilidad en dichos hogares y disminuir los traslados innecesarios ya que la entidad hace una búsqueda de familiares hasta el sexto grado de consanguinidad tardando demasiado tiempo en la búsqueda de los mismos , en segundo lugar darle un cambio a la gestión de recursos relacionados con el hogar sustituto para establecer con base a las características particulares sociales, económicas, espirituales y culturales sobre las diversas regiones del país para considerar

las verdaderas necesidades y condiciones de cada región del país, en tercer lugar generar un fortalecimiento de apoyo y seguimiento con los funcionarios públicos que tienen bajo su responsabilidad la vigilancia al proceso de atención a los menores abandonados, para generar acciones más profundas y eficaces en la continuidad de las acciones hacia cada menor, como cuarto lugar introducir una flexibilización en los programas y adecuarlos a los diferentes contextos a nivel regional y local, fundiéndolos en las diferentes características de los menores dependiendo de donde proviene, en quinto lugar fortalecer el trabajo con la familia de origen de los menores ahondando en la preparación de la familia de los menores para un posible reencuentro cuando en el restablecimiento del menor así se estipule.

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El debido proceso, esta entendido como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección de los derechos de los individuos que se encuentran incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante el transcurso de su trámite se otorgue el respeto a sus derechos.

De tal modo que la Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso en actuaciones administrativas de la siguiente manera, a través de múltiples pronunciamientos, ha estudiado el tema relacionado con el debido proceso administrativo, precisando algunos aspectos que determinan y delimitan su ámbito de aplicación. Inicialmente, ha destacado que se trata de un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, consagrado en el artículo 29 Superior, que le reconoce directa y expresamente ese carácter, y en los artículos 6° y 209 del

mismo ordenamiento, en los que se fijan los elementos básicos de la responsabilidad jurídica de los servidores públicos (art. 6º) y los principios rectores que deben gobernar la actividad administrativa del Estado (art. 209). Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

Por lo anterior en los procesos de declaratoria de abandono en muchos de los casos no se realiza una adecuada utilización de las herramientas administrativas que son brindadas por el Estado, por el contrario son tomadas decisiones que afectan de manera directa los intereses de los padres y niños, niñas y adolescentes. Al ser separados de sus familias biológicas sin contar con suficiente evidencia en donde se presente amenaza o vulneración de los derechos los mismos.

Aunque la adopción es una solución para muchos de los menores que han sido abandonados y que encuentran en esta medida un hogar y una familia, se considera importante dignificar la estadía de los menores y hacerla más eficaz a la hora de cambiar la perspectiva que muchos de ellos tienen de esos hogares. Y que mejor opción proporcionándoles las medidas necesarias para construir de estos menores ciudadanos del mañana en óptimas condiciones donde se les brinde intervención adecuada, abarcando desde el aspecto físico, psicológico, espiritual, social y cultural, ya que los menores

socialmente vulnerables tienen desventajas que pueden necesitar de atención a través de programas especiales por ello la propuesta de la investigación.

Capítulo II

En este capítulo se encuentra plasmada la estrategia metodológica que se utilizó en la presente investigación, dando lugar al análisis de los resultados obtenidos, posteriormente se finaliza con el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional que permitió referenciar los resultados obtenidos en la investigación en relación al ordenamiento jurídico vigente.

En esta investigación se ha utilizado el enfoque cualitativo ya que como lo establece Villabella(2009)este se utiliza para comprender un fenómeno de la forma más integra posible. Por lo tanto la presente investigación es de tipo hermenéutico Jurídico- doctrinal, debido a que su preocupación central es indagar que significa el texto de una norma que casos resuelve e indicar la respuesta a un problema al problema plateando tal como lo establece Sánchez, (2011).

Dentro del método utilizado realizamos,una aproximación al análisis jurisprudencial recopilado, en base a las actuaciones administrativas, realizadas en procesos de declaratoria de abandono de niños, niñas y adolescentes, y que por sus falencias estos procesos fueron llevadas a la Corte Constitucional, para su respectivo estudio. Ya que en la etapa de garantización del debido proceso hubieron falencias.

En del análisis de resultados se evidenciaron cuatro razones, que conllevan a que las actuaciones administrativas realizadas por las entidades encargadas de establecer la declaratoria de abandono y reiteradas por ICBF , vulneran el principio de dignidad humana y que por ende

afectan el derecho fundamental del debido proceso. La primera de ellas es la mala apreciación de pruebas y la materialización de vías de hecho que extralimitaron la autoridad de las entidades encargadas de tomar la decisión de declaratoria de abandono, en segundo lugar no se toma en ocasiones la función socializadora, formadora y de soporte emocional que debe requerir el debido proceso de estos niños niñas y adolescentes ya que no se le da el espacio a los padres para que se realice el respectivo acompañamiento y muchos de estos niños son trasladados a otros lugares en otros departamentos lejos de la residencia de los padres cuando ni siquiera a culminado el proceso, en tercer lugar el ICBF vulnera el derecho a la dignidad humana en razón a las limitantes que la ley le impone en el proceso de restablecimiento de derechos en el sentido de no actuar en muchos casos con la urgencia que requieren los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono en la calle donde están expuestos a todos los vejámenes que les impiden gozar de los derechos inherentes a la persona por el solo hecho de serlo y por último en los casos analizados no se realizó la inclusión de la familia en el procedimiento.

Análisis Jurisprudencial

La corte constitucional ha sobrellevado un papel determinante en cambios a la legislación desde su creación en el constituyente de 1991, por ella han pasado controversias que han traído cambios normativos y por ende se han abierto nuevos espacios de debate de acuerdo a los precedentes que ha estipulado la corporación. De tal manera que la investigación jurisprudencial es determinante para el análisis de los pronunciamientos que ha establecido la Corte Constitucional acerca de las actuaciones administrativas y su pertinencia en el debido

proceso brindado a los niños niñas y adolescentes declarados en estado de abandono y que por ende se hacen importante en el análisis del ordenamiento jurídico vigente.

La corte constitucional es enfática en señalar que además que los jueces y las autoridades a cargo deben velar por la protección los derechos de los niños, niñas y adolescentes también debe tenerse en cuenta el buen uso del debido proceso en la defensa de los mismos. En la sentencia T - 953/ 2006 su problema jurídico centra en definir si las sentencias proferidas para verificar si constituyeron una vía de hecho judicial por defecto fáctico y lesionan los derechos fundamentales del actor. De tal manera se hace una interpretación acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional, pues como es sabido la intervención del juez constitucional, se encuentra supeditada, entre otras cosas, a que los efectos de dicha providencia vulneren o amenacen los derechos fundamentales de una persona y que no exista otro mecanismo judicial idóneo para darle protección al derecho comprometido.

La corte constitucional en diferentes ocasiones se ha pronunciado acerca de la declaratoria de abandono de la siguiente manera:

"en verdad, el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C. C. como causa de una u otra. En el presente caso, dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a

los esposos le dieron origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado -por su querer- al hijo".

Ahora bien, en casos como el presente, el juez constitucional no debe limitarse simplemente a evaluar la presunta vía de hecho que se ha producido en perjuicio del padre de la menor, sino a identificar los derechos fundamentales de la menor que pueden encontrarse comprometidos. En efecto, en casos como el que ha sido planteado, además de proteger el debido proceso vulnerado también resulta claro el deber de los jueces de proteger a la menor de las circunstancias difíciles que ha estado viviendo. Esto fue, aparentemente, lo que motivó las decisiones de los jueces de instancia. Sin embargo, al proferir estas decisiones es fundamental que los jueces ponderen todos los derechos que se encuentran en conflicto, uno de los cuales, aunque no el único, es el derecho a que no se rompa el vínculo con sus padres.

El artículo 44 de la Constitución Política, establece la preponderante obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño, niña y adolescente, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. De acuerdo con esta norma, es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. Es aquí en donde se encuentran los mayores derechos de los cuales gozan los niños niñas y adolescentes.

Como es de destacarse el derecho al debido proceso es uno de las garantías implementadas en la constitución de 1991, y que por ende ha sido fundamental a la hora de resolver los inconvenientes suscitados en donde se involucran los intereses de protección de los

niños, que han sido declarados en estado de abandono, ya que una mala apreciación de las pruebas en estos casos pueden desencadenar un suceso desafortunado para un niño que al ser separado del seno familiar en un proceso de restablecimiento de derechos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo vulnera tanto a él como a su familia, de tal modo que al verse separado por circunstancias y vías de hecho que extralimiten la autoridad de las entidades en cargadas, supedita una vulneración al principio de dignidad humana de la cual goza todo ser humano y que se violenta ofreciéndolos a disposición de la apetencia de otra familia que quiera realizar la adopción, enfrentándolos a problemáticas psicológicas que a su vez conllevan en el malestar mental que los niños declarados en estado de abandono padecen.

La Corte Constitucional ha concluido en repetidas oportunidades, que la determinación del interés superior del menor debe atender a una “cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado”. Para definir esta ponderación, es necesario, entre otras cosas, satisfacer lo que la Corte ha denominado como “El Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor”. De tal modo que es el balance entre los derechos de los niños y sus familiares los que sientan el pilar del análisis en los conflictos ocurridos entre los mismos, de ahí que exista el interés superior del niño el cual cumple la función de darle mayor relevancia a los derechos de los niños sobre los demás intereses.

Salta a la vista que en este caso no se tomó en cuenta de tal manera que se estableció en este evento un caso de extralimitación por parte de la autoridad competente que baso su concepto de abandono opto por una simple suposición. De esta manera la Corte Constitucional, ha indicado que “afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalentes, no significa que sean excluyentes o absolutos; según se precisó en la sentencia T-510 de 2003, “el

sentido mismo del verbo prevalecer implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”.

Debido a lo anterior se debe considerar los escenarios más favorecedores para los niños, niñas y adolescentes que estén presentes en situaciones donde sus intereses se vean amenazados.

De otro lado en la sentencia T-030/ 2000, la Corte Constitucional, hace una reiteración acerca del uso indebido del derecho al debido proceso ya que en la etapa de declaratoria de abandono los funcionarios del Instituto de Bienestar Familiar , fue apresurada y desmedida ya que estos niños pertenecen a una comunidad indígena en donde no se tomó en cuenta las verdaderas situaciones de la comunidad en general además los niños no debieron ser trasladados a un hogar de la entidad en la ciudad de Bogotá, cuando debieron ser en primer lugar llevados a Saravena y además se debió poner en conocimiento de las decisiones de las autoridades tradicionales, a la de los Cabildos indígenas ya que conforme a las leyes son los representantes legales de los pueblos indígenas, y por lo tanto deben tenerse en cuenta a la hora de tomar decisiones administrativas o judiciales miembro de su comunidad. Claramente no se respetó en el derecho al debido proceso que ostentan estos niños.

Lo primero que hay que señalar, es que cuando el fallo del juez constitucional, contenido en la respectiva providencia, presenta contradicciones entre la parte motiva y la resolutive, la autoridad pública encargada de darle cumplimiento deberá acoger lo dispuesto en la segunda, que es la que contiene en sentido estricto la decisión.

La anterior aclaración viene al caso, dado que en el proceso objeto de revisión, específicamente en la sentencia de primera instancia, la orden impartida por el a-quo, como se había señalado antes, fue la de continuar con la definición de la situación legal mediante el trámite o proceso administrativo de protección correspondiente, no obstante la misma estuvo precedida, en la parte motiva. Ellas, con base en los mandatos legales que consagran y desarrollan tal procedimiento administrativo, previa la evaluación de la situación particular, debían aplicar la medida de protección que a su juicio fuera la más conveniente y propicia para la defensa de los derechos fundamentales de los menores.

No obstante, ese ejercicio que desarrollaron previa la evaluación de los hechos y pruebas por ellas recopiladas, las condujo, a la Defensora de Familia de Saravena y luego a la Directora Seccional de la Agencia Arauca del I.C.B.F, a quien le correspondió resolver el recurso de apelación que contra la primera interpusieron los accionados, a adoptar decisiones diferentes, a punto, que la que tomó la primera fue revocada por la segunda. Situación que salta a la vista como una desatención a los procedimientos correctos.

Como lo ha dicho la Corte Constitucional , los jueces y funcionarios administrativos que tienen a su cargo la definición de las medidas de protección aplicables a menores indígenas, tienen la obligación de incorporar al análisis que realizan, no sólo los fundamentos mismos del orden constitucional y todos y cada uno de sus preceptos, y el contenido de los tratados internacionales aprobados por Colombia sobre la materia, sino también el desarrollo jurisprudencial que de ese marco normativo ha producido la Corte Constitucional , pues sólo así será viable trascender la mera formalidad a la hora de evaluar los conceptos y los resultados de los procesos consultivos y participativos que prevé la Constitución y la ley, cuyo real sentido es dar cabida a la diferentes concepciones y proyectos de vida, sea cual sea su fundamento

ideológico y siempre que éste respete y no desborde el ordenamiento jurídico que rige nuestra sociedad.

De tal modo que el procedimiento de verificación de derechos que debe iniciar la entidad encargada deberá realizarse, de igual manera, al momento de definir la situación y posteriormente a la medida tomada, esta verificación debe ser concordante con las actuaciones y el seguimiento al caso.

Cabe destacar que la inclusión de la familia en el proceso de restablecimiento, se constituye como parte fundamental, considerando su función socializadora, formadora y de soporte emocional, pero en este caso eso no ocurrió ya que los niños fueron separados sin tomar en cuenta los derechos de los familiar el papel fundamental que estos toman en la iniciación y durante el proceso de restablecimiento de los niños involucrados en la situación.

Señalo la Corte del anterior caso que como quedó demostrado, que la mejor decisión para los niños es que se ordene su reintegro al seno de su familia y a su comunidad, pues son fundamentales los cuidados de la madre y su reincorporación al grupo social al que pertenecen, el cual con insistencia los reclama. Por lo tanto dentro del debido proceso que se lleve a los niños no se el Instituto de Bienestar Familiar debe ceñirse a las pruebas aportadas y los informes del equipo interdisciplinario que si bien son favorables para la integración del niño, la niña o el adolescente con su familia nuclear o con la familia extensa, es deber de la autoridad competente, mediante Resolución debidamente motivada, ordenar la integración del niño, la niña o el adolescente , según sea el caso. Pero es claro que en este evento se hizo total omisión del derecho al debido proceso del que debieron gozar estos niños y que por lo tanto tuvieron que

verse inmersos en su violación al principio de dignidad humana debido a que no se les garantizo un mejor bienestar al apartarlos de su familia biológica.

En la sentencia T-887/ 2009, la corte entra al estudio de un caso sobre un niño de dos meses de edad al cual se le declara en estado de abandono debido a que los padres no se acercaron al hospital a ver al niño debido a que este presentaba complicaciones de salud y al momento de nacer tuvo que ser recluido en la unidad de cuidados intensivos del hospital donde se dio su nacimiento. Por motivos ajenos a los padres estos no pudieron hacer presencia en las visitas del niño lo que dio inicio al procedimiento de restablecimiento de derechos por parte del Instituto de Bienestar Familiar, tomando como prueba el concepto de la trabajadora social del Hospital en donde se encontraba el menor, iniciando el proceso sin siquiera hacer un contacto riguroso con los padres del niño.

Asevera la Corte Constitucional en el presente caso:

La intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. Solo en una eventualidad tal, compete al Estado prestar la protección y el cuidado que las niñas y los niños necesitan. En otros términos, los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Dicho en pocas palabras: en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo. Ha insistido la jurisprudencia constitucional en que alegar la intervención estatal con el argumento de que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, resulta por

entero inadmisibile y puede implicar, más bien, un trato discriminatorio. En tal sentido, por ningún motivo resulta justificable argüir que un niño o una niña deben separarse de su familia biológica porque las condiciones económicas o el grado de educación de sus progenitores no son óptimos.

La intervención del estado es fundamental en la garantía y protección de los derechos otorgados a los niños niñas y adolescentes y para dar armonía al principio de dignidad humana que pueda en determinados casos verse afectados por el ambiente que rodea el desarrollo de los niños , pero tal como lo asienta la Corte Constitucional ese deber de intervención del Estado para separar a los niños de sus familias biológicas debe prestarse cuando sea estrictamente necesario y cuando existen pruebas que ameriten la declaratoria de abandono de los niños y adolescentes y no solo por aseveraciones meramente personales que no fundan ningún hecho que dé pie a la separación del niño de su seno familiar.

La Corte analiza bajo la siguiente perspectiva la declaratoria de abandono dada en el presente caso:

La declaratoria de situación de abandono resulta en el asunto bajo análisis excesiva y tampoco se compadece con el interés que han demostrado los padres biológicos de mantener los vínculos primarios con su hijo. Desde esta perspectiva, privarlos de la patria potestad únicamente porque carecen de los recursos económicos suficientes o porque no disponen del nivel cultural o educacional adecuado resulta una sanción injusta que desconoce la realidad del hogar de los padres así como la de miles y miles de hogares en países subdesarrollados como Colombia.

Por lo anterior se dio una sanción injusta al tomar una decisión apresurada que vulnera de forma directa el derecho al debido proceso que deben gozar los padres y los niños niñas y adolescentes. No se debe por determinaciones personales de un funcionario perteneciente al estado, estimar sin mayores pruebas la autorización de declaratoria de abandono. Cuando es claro que no se está brindando una protección al niño afectado, si no por el contrario se están violentando los derechos que gozan los niños y que han sido concedidos por la normatividad al Estado.

La declaratoria de adoptabilidad produce, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable, lo cual trae consigo para la familia biológica un desprendimiento afectuoso y físico de uno de sus miembros que conlleva a una situación de desmejoramiento de las condiciones que se arraigan en el principio de dignidad humana y por ende en el derecho al debido proceso.

En el sentido de la prevalencia del artículo 44 de la Constitución la Corte Constitucional precisa lo siguiente:

Cierto es que la disposición contenida en el artículo 44 superior establece de manera inequívoca el lugar prevalente que ocupa la garantía de los derechos de la niñez en el ordenamiento jurídico colombiano. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha establecido reiteradamente aquellos criterios jurídicos que se ajustan más a las circunstancias del asunto bajo examen. (i) Garantía de desarrollo integral de la niñez así como protección reforzada de sus derechos; (ii) amparo de la niñez frente a riesgos prohibidos; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de

sus progenitores; (iv) necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.

Aunque los lineamientos son claros para establecer el paso a paso del procedimiento que debe seguirse de acuerdo a las garantías que goza especial protección la niñez, es evidente que no son obedecidos por los funcionarios que tienen a cargo la consideración de la declaratoria de abandono.

De tal modo que el Instituto de Bienestar Familiar, tiene el deber de examinar si es viable un cambio de medida de protección es decir no darle continuidad al procedimiento de restablecimiento de derecho en cuanto a la declaratoria de adoptabilidad de los niños, niñas, y adolescentes. Este estudio es necesario profundizando en la situación familiar, no sólo mediante reporte de los miembros del hogar, sino preferiblemente con participación de otros vecinos, familiares, verificando que en ningún momento se esté poniendo en riesgo a los niños, las niñas, o los adolescentes que se integran. En el informe debe constar que la familia está en capacidad de cumplir con su función protectora y socializadora frente al niño, la niña o el adolescente.

Pero es evidente que la inmediatez utilizada por los funcionarios incide en las decisiones apresuradas en infundamentadas que conllevan a una afectación directa por parte de los funcionarios estatales, a las familias y a los niños, niñas y adolescentes afectados.

La corte constitucional ha reconocido mediante la sentencia T- 029/94 que el debido proceso es el elemento principal para establecer y garantizar la protección que requieren los niños, niñas y adolescentes en condiciones de abandono sea cual sea el motivo de este estado, ya

por la falta de sus padres, o porque teniéndolos estos no le provean las condiciones para el desarrollo de una vida digna al establecer que los menores son titulares de todos los derechos fundamentales y de manera especial del derecho a la seguridad social, por ende ni el Estado ni la sociedad pueden permitir que un grupo de sus miembros se abandone a la miseria y al desamparo total.

Es precisamente en aras a brindar esta especial protección a los niños, niñas y adolescentes que la Carta Política reconoce que cuando es desprotegido un individuo dentro de la sociedad en estado de indefensión e incapacidad para reclamar tales derechos lo pueda hacer cualquier persona que quiera ayudar a este grupo de menores representándolos legalmente, en este aspecto la corte por su parte ha reconocido el mandato superior estableciendo que la agencia oficiosa procede cuando el afectado o los afectados no puedan por si mismos interponer la acción de tutela, ya que se trata, en la presente situación, de un grupo identificable de menores abandonados y que carecen de representante legal reconocido.

A continuación una síntesis de la sentencia en mención dará paso a el correspondiente análisis de investigación: Manifiesta la accionante que en el municipio de Villavicencio, especialmente en los parques deambulan más de treinta niños en las más lamentables condiciones de abandono, expuestos a los rigores del hambre, la intemperie y de la promiscuidad, a juicio de la peticionaria ni el Estado ni la sociedad en general se han preocupado por brindarle a estos niños la más mínima protección; expresamente señala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Meta, ha incumplido su deber de protección para con los niños, pese a que se cuenta con los recursos necesarios para hacerlo. En el fallo de primera instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial resolvió conceder a favor de los menores desamparados de las calles de Villavicencio, la tutela de sus derechos

fundamentales a una vida digna, integridad física, salud y la seguridad social, y ordeno la correspondiente investigación a los funcionarios que omitieron brindar la protección requerida por los menores y además con asombro encontró el juez que pese a la especial protección que brinda el Estado a los menores en estas condiciones haya destinado el ICBF una ínfima parte para tal fin, decisión que fue posteriormente impugnada por ICBF aclarando que esta institución viene desarrollando una serie de programas tanto a nivel preventivo como especial en el departamento del Meta y Villavicencio los cuales describe en forma detallada, concluye el apoderado del ICBF que hubo un mal entendido sobre el cumplimiento de las funciones de los defensores de familia, ya que mediante diferentes proyectos de atención ellos no han desamparado las funciones que se les impone.

En esta tutela que llegó a revisión la Corte Constitucional se pronunció argumentando que si bien es cierto como es un grupo de personas se podría en principio pensar que esa una acción colectiva y de entrada indicar que la acción de tutela no es el medio pertinente para iniciar la reclamación a los derechos de estos niños, niñas y adolescentes que se encuentran abandonados en las calles, no puede la Corte por ende dar este calificativo a la sentencia en análisis ya que cuando se trata de derechos fundamentales pues prima sobre la acción colectiva y la acción de cumplimiento pues lo que se reclama y está en disputa son derechos fundamentales completamente violados.

Ahora si bien es cierto que el ICBF es la entidad encargada de garantizar la protección y garantía de todos sus derechos fundamentales de los niños, tiene también que llevar a cabo el cumplimiento de un debido proceso el cual no puede pasar por alto en ninguna circunstancia, el incumplimiento de los mandatos legales que por ley se les impone a todos los funcionarios públicos del ICBF como entidad descentraliza del Estado, por consiguiente esta entidad está

facultada para declarar en estado de abandono a un menor que se encuentre en tal condición mediante una resolución que declare el abandono, con respecto a esto la Corte en el resuelve confirmo el fallo de segunda instancia de la Corte constitucional que fue revocar el fallo proferido por la sala de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y negó la tutela interpuesta por la agente oficiosa a favor de los menores de la calle, indicando que la acción idónea seria la acción popular ya que encadena una problemática socioeconómica, técnica e institucional, que demanda grandes esfuerzos y presupuestos proporcionales a la importancia de la tarea.

En la sentencia analizada anteriormente es importante revisar el contenido de la ley y de los estatutos que rigen al ICBF puesto que hay muchas condiciones para lograr proteger a los menores, empezando porque no se puede hacer nada directamente por medios del ICBF sin previa resolución de estado de abandono, proceso que lleva más tiempo en proteger y recoger a estos menores que están expuestos a las inclemencias y estado degradante en que se encuentran En las calles y por otra parte si bien es cierto que la figura de la agencia oficiosa es una garante a favor de los menores se contrapone a que muchas veces no es el tipo de acción a instaurar siendo esto otra demora en atender a tiempo situaciones donde el menor se está viendo vulnerado en su derecho a la dignidad humana y por consiguiente a todos sus derechos fundamentales y como menor de edad es incapaz de subsistir por sí mismo y brindarse tales garantía, es por esto que consideramos que la ley debe ordenar a los funcionarios del ICBF actuar con inmediatez en el caso de menores en condiciones de abandono precarias en calle como en el caso de la sentencia analizada donde son menores de edad en unas condiciones que ponen en peligro su vida, en estos casos sería necesario que no se profundizara en temas de un debido proceso si no que se luchara de inmediato y como actuación principal en estabilizar como primera medida al

menor en un estado de bienestar en hogares de paso sin importar si ya fue o no declarado en situación de abandono.

Con relación al tema según la sentencia T-580/11 el ICBF es la entidad garante frente al derecho de los niños, niñas y adolescentes y depende de sus actuaciones administrativas, acciones y omisiones llevar a cabo el cumplimiento que para tal fin se creó, dice la Honorable Corte Constitucional que tales actuaciones deben ajustarse a la constitución y al interés superior del menor, pero vemos que hay actuaciones por parte de algunos funcionarios que no toman en cuenta dicha prevalencia de los derechos de los menores frente a los derechos de los demás y toman al menor como un objeto simplemente y se rigen solo al acto administrativo y dejando a un lado el análisis de otras circunstancias que en vez de solucionar y proveer una vida digna y estable al menor lo llevan a un ambiente de inestabilidad y de vulneración a sus derechos y a su bienestar, la jurisprudencia en mención nos habla de una pareja de casados que reciben por parte de una abuela a una niña de cuatro días de nacida la cual acogen en su hogar y le brindan las garantías necesarias para crecer en un ambiente sano, una vida digna y protección por parte de estas personas, proceden a darle el apellido a la menor como hija suya directamente si proceder a la adopción, reciben citación del ICBF donde les es privada la oportunidad de seguir conviviendo con la menor sin previa notificación del hecho, este proceso en primera instancia se consideró procedente en el amparo ordenado por el ICBF e imponer como medida de protección su ubicación como hogar sustituto en la familia de los accionantes, orientándolos para que ingresen al programa de adopción ya que si bien es cierto que es una conducta tipificada en la ley penal el otorgarle a la menor el apellido sin las solemnidades que para el caso en análisis tiene un lleno de requisitos exigidos por la ley, pero en este caso se ordenó por parte de la funcionaria del ICBF encargada ubicar a la menor en hogar sustituto la cual es una decisión arbitraria ya que era

necesario para este tipo de actuación que fuera verificado el estado en que se encontraba la menor y que necesariamente este pusiera en peligro a la niña, de este modo no se están privilegiando los derechos del menor por encima de los derechos de los demás, vulnerándole el Derecho que le otorga el artículo 42 del mandato superior, ya que pese a que no fue de legal forma que obtuvieron a la menor como hija tampoco representaban una amenaza en los derechos de la menor como si se evidencia en la sentencia anterior, según dice la Corte en la citada sentencia “es innegable que el comportamiento de los accionantes como familia de hecho de la menor, lejos de constituir un claro e inminente peligro para la menor, se encuentra amparado constitucionalmente por el art. 42 de la Constitución política en el cumplimiento del deber de solidaridad reconocido a favor de los menores”.

Es claro que independientemente de las eventualidades a que haya lugar en un proceso pero siempre y cuando el menor este siendo protegido en vista de que su familia legítima está imposibilitada debe ser tomada en cuenta esta familia no como agresores a los derechos de la niña si no como solidarios en el afán de brindarle a esta menor una vida digna y cómoda para el ejercicio de sus derechos fundamentales y no es posible por ende que el ICBF en un caso como este donde la menor está siendo cuidada y protegida por una familia que no es naturalmente la suya y pese a que actuó mal reconociéndole apellido sin el debido proceso que para este evento establece la ley, es una menor con todas las garantías y no se encuentra en un estado de peligro como si se percibe en el caso de los niños abandonados a su suerte en las calles y simplemente porque no hay que violar los protocolos del ICBF estos menores tengan que continuar días, meses y años sufriendo las inclemencias de la calle hasta que un buen ciudadano se apiade de ellos y decida hacer algo para ayudarles en su condición. Es triste esta situación ya que es el Estado como garante de los derechos de los niños es quien tiene la obligación de imponer en los

estatutos más control de sus entidades en las calles recogiendo niños y colocándolos en condiciones dignas mientras se ejecuta el debido proceso para ser declarados en abandono, proceder a restablecimiento de derechos y a declaración de adoptabilidad.

En esta jurisprudencia (T-502 de 2011), podemos notar como le es vulnerado los derechos a la dignidad humana y debido proceso de los padres y de los niños por parte del Estado, en este caso representado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), ya que este los retira del cuidado de sus padres por un presunto descuido de estos. La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto varias veces para dar a entender a las autoridades administrativas que todas las actuaciones en las que se encuentren involucrados niños, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior. En ese sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia ha definido el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”

Ha concluido la jurisprudencia constitucional, en relación con la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, que la adopción de estas medidas (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a “determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente”.

De lo anterior se puede notar la importancia que los niños, niñas y adolescentes no sean retirados o separados de su núcleo familiar sin agotar otras posibilidades, en este caso en particular la decisión fue tomada apresuradamente por una trabajadora social que noto a los niños

en aparente descuido por parte de sus padres. El código de infancia y adolescencia trae muchas diversas formas de protección y restablecimientos de derechos, que van más acordes con la realidad y no llevar las cosas al extremo de llevarse a los niños de su seno materno familiar y esto dejarlo como último recurso de defensores y comisarios de familia, además cuando ellos vean y comprueben el real estado vulneración de la integridad de los menores como personas hay sí tomar las medidas necesarias que ya están contempladas en la ley y constitución.

Tal vez en ocasiones la buena voluntad de la administración (ICBF) sea colocar a los menores bajo la protección del Estado, no obstante en ocasiones por querer dar amparo terminan vulnerando los derechos fundamentales como lo son el debido proceso y la dignidad humana de los niños y a sus progenitores, en vez de ampararlos lo que hacen es transgredirlos más.

Se nota que en ocasiones (sentencia T-502 de 2011), que el ICBF transgrede las normas que debe proteger, porque no toma las decisiones más adecuada para los niños, en este caso se ve que vulnera los derechos de estos, porque toma medidas que supuestamente los van a favorecer, pero en realidad está extralimitando sus funciones como autoridad administrativa, y forma violentando los derechos fundamentales, ya que los aparta del seno sus padres, de su familia de origen que son las personas más idóneas para su cuidado y garantizar su desarrollo integral.

Las convenciones y tratados internacionales buscan salvaguardar la integridad y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Y además cualquier juez de la República está en la obligación de aplicarlos en sus fallos, Colombia está comprometida en proteger estos derechos y igualmente la ley 1098 de 2006 ratifica en su articulado todo lo antes dicho.

Esto nos da a entender que los derechos fundamentales están bien resguardados por las leyes y por la constitución política, asimismo por los tratados internacionales ratificados por Colombia, pero sin embargo en ocasiones son las autoridades que las aplican ICBF, que haciendo un mal procedimiento o tomando decisiones apresuradas vulnera los derechos que debe proteger, en esta sentencia es debido proceso, interés superior del niño y su dignidad porque son apartados de seno de su familia, que es el entorno que ellos conocen y no dan razones de peso para tomar tal decisión.

Basándose en lo anterior se puede decir que las leyes y la constitución no prevén todas estas situaciones donde se nota la falla del Estado, en este caso representada por ICBF, donde por una orden de una funcionaria se vea vulnerados tantos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y otras personas que se ven afectadas por tales decisiones. En esta tutela se ve que se le transgredieron los derechos fundamentales al debido proceso y dignidad humana de los padres, porque no fueron informados del proceso de restablecimientos de derecho. Adecuadamente, ya que estos eran personas de baja escolaridad y no entendían tales procedimientos. Esto causa que los menores sean retirados del seno de su familia y puestos al cuidado del ICBF.

Luego de acreditar la desproporcionalidad de la medida adoptada por el equipo interdisciplinario del Centro Zonal Santa Fe de separar a los niños Antonio y Belén de sus padres, Helena y Diego, esta Sala concluye que éste omitió atender los criterios jurídicos establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar el interés superior de esos niños, quebrantando los límites constitucionales impuestos al proceso de restablecimiento de derechos y vulnerando directamente los derechos de los accionantes a la unidad e intimidad familiar, y de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. En este sentido, amparará los derechos

de los accionantes y de los niños y, en consecuencia, exigirá el reintegro de Antonio y Belén a sus padres biológicos.

Para terminar se puede notar que la corte le ordena al ICBF que restituya a su familia, a su hogar a los niños, no obstante dio ciertas recomendaciones para buscar garantizar los derechos fundamentales de estos y así tutelar sus derechos.

En Sentencia T- 572 de 2009, también se nota la vulneración de los derechos del debido proceso y la dignidad humana de un menor, ya que este fue intervenido quirúrgicamente con la aprobación del ICBF y de sus padres, estos son personas humildes y de baja escolaridad, y estaban domiciliados en pequeño pueblo. Los genitales de menor fueron mutilados por un perro y a eso se debió la intervención, los médicos llegaron a la conclusión que lo mejor para el niño, era convertirlo en niña y realizarle todas la cirugías y procedimientos hacia tal fin y además llevarlo a un sitio donde todo esto fuera posible, así que lo enclaustraron en colegio femenino que Estaba administrado por religiosas. Todo esto para adaptarlo a su nuevo rol como niña, pero esto no cumplió los fines esperados por el grupo interdisciplinario que tomo tal decisión.

El niño no se adaptó a su nuevo rol y además no entendía muy bien lo que pasaba ya que él era muy pequeño cuando ocurrió tal situación. Paso mucho tiempo en tratamientos psicológicos para que aceptara su nueva condición, sin embargo no se logró porque él se seguía sintiendo que no se acoplaba.

El niño regresa al lado de sus padres, pero seguía sintiendo incomprendido porque su sexo fue cambiado abruptamente, vulnerando su dignidad y sin su consentimiento previo, esto demuestra que en ocasiones las autoridades administrativas no toman la mejores decisiones y

transgreden derechos fundamentales, en este caso en particular la información dada a sus padres no fue clara y no presintieron que el niño no se adaptara a su nuevo rol.

Le fue transgredido su derecho porque no fueron tomadas en cuentas sus opiniones, no informaron a sus padres de lo que podía pasar en tales intervenciones y que estas no cumplieran el fin esperado por estos. Y además no persiguieron el interés superior del menor, sino su propio beneficio como científicos, esto les dio pie para experimentar con el menor y llevar a cabo sus teorías.

El ICBF vulnero el debido proceso de sus padres, ya que estas decisiones no fueron tomadas por ellos, sino por el grupo de científico que vieron una oportunidad de llevar a cabo sus teorías, que niño puesto en un ambiente propicio y con intervenciones necesarias lograría encajar entre niñas, sintiéndose una de ellas y no fue posible porque este niño con apariencia de niña, se sentía confundido, perdió su identidad como persona y vulnerada su dignidad.

En Sentencia T -572 de 2009, también se nota la vulneración de los derechos del debido proceso y la dignidad humana de un menor, ya que este fue intervenido quirúrgicamente con la aprobación del ICBF y de sus padres, estos son personas humildes y de baja escolaridad, y estaban domiciliados en pequeño pueblo. Los genitales de menor fueron mutilados por un pero y a eso se debió la intervención, los médicos llegaron a la conclusión que lo mejor para el niño, era convertirlo en niña y realizarle todas la cirugías y procedimientos hacia tal fin y además llevarlo a un sitio donde todo esto fuera posible, así que lo enclaustraron en colegio femenino que estaba administrado por religiosas. Todo esto para adaptarlo a su nuevo rol como niña, pero esto no cumplió los fines esperados por el grupo interdisciplinario que tomo tal decisión.

El niño no se adaptó a su nuevo rol y además no entendía muy bien lo que pasaba ya que él era muy pequeño cuando ocurrió tal situación. Paso mucho tiempo en tratamientos psicológicos para que aceptara su nueva condición, sin embargo no se logró porque él se seguía sintiendo que no se acoplaba.

El niño regresa al lado de sus padres, pero seguía sintiendo incomprendido porque su sexo fue cambiado abruptamente, vulnerando su dignidad y sin su consentimiento previo, esto demuestra que en ocasiones las autoridades administrativas no toman la mejores decisiones y transgreden derechos fundamentales, en este caso en particular la información dada a sus padres no fue clara y no presintieron que el niño no se adaptara a su nuevo rol.

Le fue transgredido su derecho porque no fueron tomadas en cuentas sus opiniones, no informaron a sus padres de lo que podía pasar en tales intervenciones y que estas no cumplieran el fin esperado por estos. Y además no persiguieron el interés superior del menor, sino su propio beneficio como científicos, esto les dio pie para experimentar con el menor y llevar acabo sus teorías.

El ICBF vulnero el debido proceso de sus padres, ya que estas decisiones no fueron tomadas por ellos, sino por el grupo de científico que vieron una oportunidad de llevar acabo sus teorías, que niño puesto en un ambiente propicio y con intervenciones necesarias lograría encajar entre niñas, sintiéndose una de ellas y no fue posible porque este niño con apariencia de niña, se sentía confundido, perdió su identidad como persona y vulnerada su dignidad.

Conclusiones

- I. Dentro de las actuaciones administrativas realizadas por las entidades encargadas existen fisuras, en la previa evaluación de los hechos y pruebas recopiladas que conducen al defensor de familia a adoptar decisiones apresuradas, situación que puede resultar, en una desavenencia al debido proceso.
- II. No siempre se estiman los escenarios más favorecedores, para los niños niñas y adolescentes, que han sido separados de sus padres por las vías de hecho utilizadas por el ICBF, y no se permite la función socializadora, formadora y de soporte emocional que debe brindar la familia biológica de los niños a los mismos.
- III. Aunque es un deber fundamental del ICBF luchar porque se atiendan a todos los menores de edad encontrados en condición de abandono, bien sea en calles o dentro de sus familias por algún tipo de maltrato y desatención e inmediatamente sean retirados de ese ambiente inadecuado y determinar claramente desde cuando entra el defensor de familia a actuar y hacer efectivo para estos niños niñas y adolescentes el ejercicio fundamental del derecho a la Dignidad Humana.
- IV. El ICBF siendo un ente garante de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes en Colombia, es el principal llamado a no vulnerar el debido proceso de los menores en condición de vulnerabilidad y realizar las investigaciones y

análisis de cada caso en concreto con toda la previsión, delicadeza y sobre todo cuidando que por medio de sus decisiones administrativas no se entorpezca más el cumplimiento de los derechos de estos menores de edad a tener una familia y una vida digna independientemente de cualquier situación y prevaleciendo siempre el bienestar de los niños niñas y adolescentes.

- V. En el análisis jurisprudencial que se lleva a cabo que existen algunas falencias se determinó que en las actuaciones administrativas con respecto al tema de las limitaciones y actuaciones por parte del ICBF que como ente garante de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes debe implementar nuevas políticas e inversión a este tipo de problemáticas sociales.
- VI. Se ha determinado en los casos analizados jurisprudencialmente, que aunque las normas son claras y los lineamientos, para el correcto funcionamiento de las actuaciones administrativas, para dar buen uso a la protección del principio de la dignidad humana, estas no toman en cuenta la inclusión de la familia a cabalidad en la etapa del procedimiento de verificación de estado de abandono. Dando como resultado una vulneración al derecho fundamental al debido proceso.

Referencias

Ana Milena Espinoza López, Carolina Monsalve Calderón, Sandra Taborda, y Doris Cardona Arango, (2007) situación sociodemográfica del menor en situación irregular (abandono o peligro) envigado. Fundación universitaria del área Andina. Investigaciones Andina, Vol. 9, núm.15, septiembre, 2007, pp. 38-48, Página Web: Redalyc.org (Sep. 08 de 2014) Artículo recuperado de:

<http://www.redalyc.org/articuloBasic.oa?id=239016507003>

Aguirre, J.(2010), Dignidad de los Derechos Humanos y la filosofía practica de Kant. (pp, 34,35, 45) Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx> .

Bisig, N. (2009) La infancia abandonada-delincuente en el discurso académico. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Página Web: Redalyc.org (Sep. 09 de 2014) Artículo recuperado de: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192142.pdf>

Colombia, Instituto de Bienestar Familiar, (2011), Informe de Protección al menor {documento sin publicar} sp.

Cuellar, P y Benjumea, A. (2005) Resiliencia en Menores Ubicados en Hogares Sustitutos. Pontificia Universidad Javeriana. Página Web: <http://www.javeriana.edu.co/home> (Sep. 08 de 2014) Artículo recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/psicologia/tesis04.pdf>

Colombia por la primera infancia: política pública por los niños y niñas, desde la gestación hasta los seis años – 2006

<http://www.mineducacion.gov.co/primerainfancia/1739/article-177829.html>

Constitucional Colombiano “la dignidad humana”(<http://www.unilibrepereira.edu.co/catehortua/posgrados/archivos2/La%20Dignidad%20Hum> Colombia (2013), Código de la Infancia y la Adolescencia, Bogotá, Leyer.

[Colombia \(2012\), Constitución Política de Colombia, Bogotá, Leyer.](#)

[Colombia, Consejo de Estado \(2013, agosto\), Radicación: 25000-23-26-000-2001-00984-01, Consejera Ponente. Stella Conto Díaz Del Castillo., Bogotá.](#)

[Colombia, Corte Constitucional \(2013, marzo\), “Sentencia T-116ª”, M. Sustanciador. Nilson Pinilla Pinilla., Bogotá.](#)

[Colombia, Corte Suprema de Justicia \(2007, octubre\), “Sentencia 31707”. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán., Bogotá ana.pdf](#)) Recuperado, 18 agosto, 2014.

Dávila, J.(2012), Dignidad Humana Colectiva como Condición Previa de los Derechos Humanos Colectivos. Recuperado de:

<http://www.bdigital.unal.edu.co>.

Escudero, M, (2011).Procedimiento de familia y del menor.ed, decima octava, cpséptimo.Bogotá: Editorial Leyer

Fundación Lazos de Dignidad

Noviembre de 2011 (<http://www.traspasalosmuros.net/node/608>) Recuperado, 18 agosto 2014

García, E. (2000), El proceso civil práctico en derecho de familia y menores, ed, primera. cpdecimo octavo. Tomo II. Bogotá: Editorial Jurídicas Rincón.

Gómez, A. (2012) Análisis evaluativo de las políticas y prácticas en el proceso de formación para el trabajo dirigido a jóvenes declarados en situación de abandono o adoptabilidad. Universidad Nacional, Bogotá. . Página Web: unal.edu.co/ (Sep. 10 de 2014)
Artículo recuperado de:

<http://www.bdigital.unal.edu.co/7812/1/428256.2012.pdf>

Hoyos, I. (2005). De la dignidad y de los derechos humanos. Bogotá: editorial, Temis s.a.

ICBF. (2012) La Familia en el ICBF (1968-2012) Reseña Histórica. Bogotá. Recuperado 17 agosto 2014:

[http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/macro_procesos/MP_misionales/G_atencion_familiasycomunidades/InstrumentosPublicaciones/LA%20FAMILIA%20EN%20EL%20ICBF%20-rese%C3%B1a%20hist%C3%B3rica%20\(1968-2012\).pdf](http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/IntranetICBF/macro_procesos/MP_misionales/G_atencion_familiasycomunidades/InstrumentosPublicaciones/LA%20FAMILIA%20EN%20EL%20ICBF%20-rese%C3%B1a%20hist%C3%B3rica%20(1968-2012).pdf)

Lafont, P. (2012), Derecho de familia contemporáneo, menores, juventud y discapacitados. ed, segunda. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Los **niños y niñas** tienen derechos como seres humanos y necesitan también cuidados y protección especiales. (<http://www.unicef.org/spanish/crc/>) Recuperado, 15 agosto 2014.

López, C. y Prieto R. (2004) Abuso Infantil una Mirada desde el Psicoanálisis. Universidad Academia Humanismo Cristiano, Santiago. Página Web: bibliotecadigital.academia.cl/ (Sep. 09 de 2014) Artículo recuperado de:

<http://bibliotecadigital.academia.cl/bitstream/123456789/722/1/tpsico111.pdf>

Monrroy , M. (2007), Derecho de familia y de menores. ed, decima. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Monrroy, M. (2012), Derecho de familia, infancia y adolescencia. ed ,decima cuarta. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Papacchini, A. (2010). Derecho a la Vida. Recuperado de [:http://sintesis.univalle.edu.co/saladelectura/derecho-a-la-vida](http://sintesis.univalle.edu.co/saladelectura/derecho-a-la-vida)

Maestre A. (2009) Familia y valores. Recuperado de: http://www.csicsif.es/andalucia/modules/mod_ense/revista/pdf/Numero_14

Colombia, Corte Constitucional (2006, Febrero), “ Sentencia T-956”, M.P. Córdoba Triviño, J., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2000, Enero), “Sentencia T-030”, M.P. MorónDíaz, F., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2009, Diciembre), “ Sentencia T-887”, M.P. Cuervo González, M., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1994, Enero), “Sentencia T-029”, M.P. Naranjo Mesa V. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2011, Julio), “Sentencia T-580”, M.P. PreteltChaljub J. Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2009, Agosto), “Sentencia T- 572”, M.P. Sierra Porto.

H. Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2011, Junio), “Sentencia T-502”, M.P.PreteltChaljub.

J. Bogotá

Suarez, R. (2006). Derecho de familia régimen de las personas, Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.