

ANÁLISIS JURÍDICO – SOCIAL DEL PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE
DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y JÓVENES

LIZETH ANGELICA RAMOS MELO
AMELIA PATRICIA SOLANO AVELLA
ANDRES CUERVO GONZALEZ



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
ESCUELA DE POSGRADOS
ESPECIALIZACION EN DERECHO DE FAMILIA
ABRIL DE 2019

ANÁLISIS JURÍDICO – SOCIAL DEL PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE
DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y JÓVENES

Lizeth Angelica Ramos Melo

Amelia Patricia Solano Avella

Andrés Cuervo González

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en

Derecho de Familia

Viviana Otalora

Docente Investigaciones



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Posgrados

Programa académico Especialización Derecho de Familia

Bogotá

Dedicatoria

A Dios quien nos acompaña en todo momento y no nos abandona en los momentos difíciles, es nuestra fuerza constante, a quien le debemos todas nuestras luchas y logros y el amor de todos los seres que amamos.

A nuestras familias por su apoyo incondicional y por qué a pesar de las dificultades siempre nos están brindando su comprensión y amor para realizar nuestros sueños.

Tabla de contenido

Introducción	5
Capítulo 1.....	8
1.1 Marcos Referenciales.....	8
1.1.1 Marco Histórico	8
1.1.2 Marco conceptual.....	13
Capítulo 2.....	16
2.1 Primera parte.....	16
2.2 Segunda parte.....	18
2.3 Tercera parte	19
Capítulo 3.....	21
3.1 Derecho a tener una familia.	21
3.1.1 Análisis de la Sentencia T- 572 De 2009.....	25
3.1.2 Análisis de la Sentencia t-259 de 2018	28
3.1.3 Análisis de la Sentencia T-512 De 2017.....	30
3.1.4 Análisis de la Sentencia T-510 De 2003.....	32
Capítulo 4.....	34
4.1. El deber de escuchar al niño:	34
4.3. El Derecho de los Niños a ser Oídos y Tenidos en Cuenta, en Colombia.	36
4.3.1. Análisis de la Sentencia T-844 de 2011.....	36
4.3.2. Análisis de la Sentencia T-276 de 2012.....	38
4.3.3. Análisis de la Sentencia T-955 de 2013.....	40
4.3.4 Análisis de la Sentencia T-768 De 2015.....	42
4.3.5 Análisis de la Sentencia T-259 De 2018.....	44
Capítulo 5.....	45
5.1 Análisis de la Sentencia T – 679 De 2012	46
5.2 Análisis de la sentencia T - 733 DE 2015.....	50
5.3 Análisis de la Sentencia T-512 De 2017.....	53
5.4 Análisis de la Sentencia T – 572 De 2009	56
5.5 Análisis de la sentencia T-946 DE 2014.....	60
5.6 Análisis del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas.	63
Capítulo 6.....	65
6.1 Conclusiones y recomendaciones	65
Lista de Referencias.....	73

Lista de tablas

iii

Tabla 1 Evolución de las normas internacionales en derechos de la infancia.	9
Tabla 2 Marco Normativo Colombiano en lo que refiere a niñas y niños.	11

Lista de figuras

Figura. 1 Primera parte ruta de establecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes Elaboración propia.....	16
Figura. 2. Segunda parte ruta de establecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Elaboración propia.....	18
Figura. 3 Tercera parte ruta de restablecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Elaboración propia.....	20

Resumen

El presente trabajo es de corte investigativo, está basado en la línea de investigación “familia, conflictos sociales y proyección social”, con un enfoque metodológico cualitativo, consistente en el análisis de jurisprudencia nacional la cual por tratarse de niños obviamente se enlaza con convenciones y tratados internacionales, es un trabajo enfocado en tres derechos específicos de los niños reconocidos en la Declaración Internacional de los Derechos de los Niños, como son el derecho a tener una familia, el derecho de los niños a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta y el derecho al debido proceso.

Contiene además una parte sobre el desarrollo normativo de los derechos de los niños a nivel internacional y a nivel nacional de donde se desprende la jurisprudencia que básicamente nos demostró que los operadores administrativos son tan garantistas que dentro de su propia línea de cumplimiento terminan por vulnerar aún más los derechos de los niños.

El derecho a tener una familia y a no ser separados de ellas indica que la familia como célula fundamental de la sociedad debe recibir la atención y asistencia necesaria para garantizar el desarrollo armónico de cada uno de sus miembros especialmente de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho de los niños a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta, exige de parte del Estado la garantía de ejercer este derecho dentro de todo proceso administrativo y judicial, de manera libre y espontánea, de tal manera que las opiniones y preocupaciones de los niños sean valoradas a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

El derecho al debido proceso en los procesos administrativos y judiciales indica que, así como en los procesos judiciales o administrativos de los adultos se deben seguir ciertas prerrogativas, los niños también tienen derecho a que respeten y adelanten todas las formalidades propias de cada procedimiento en el cual se vean involucrados.

Palabras claves

Niños, niñas y adolescentes, convención internacional del derecho de los niños, familia, restablecimiento de derechos, debido proceso, interés superior del niño, prevalencia de derechos, proceso administrativo, medida provisional, custodia y cuidado personal.

Abstract

The present work is investigative, is based on the line of research "family, social conflicts and social projection", with a qualitative methodological approach, consisting of the analysis of national jurisprudence which, being children, is obviously linked to conventions and international treaties, is a work focused on three specific rights of children recognized in the International Declaration of the Rights of Children, such as the right to have a family, the right of children to be heard and that their opinion is held in account and the right to due process.

It also contains a part on the normative development of the rights of children at the international level and at the national level from which the jurisprudence emerges that basically showed us that administrative operators are such guarantors that within their own line of compliance they end up violating even more the rights of children and adolescents. The right to have a family and not to be separated from them indicates that the family as a fundamental group of society must receive the protection and assistance necessary to guarantee the harmonious development of each of its members, especially children and adolescents.

The right of children to be heard and that their opinion be taken into account, requires from the State the guarantee of exercising this right within any administrative and judicial process, freely and spontaneously, in such a way that opinions and concerns of children are valued when making decisions that concern them.

The right to due process in administrative and judicial processes indicates that just as in the judicial or administrative processes of adults certain prerogatives must be followed,

children also have the right to respect and carry out all the formalities proper to each procedure in which be involved.

Keywords

Children and adolescents, children's rights, international convention on the rights of children, family, ICBF, restoration of rights, due process, higher interest of the child, prevalence of rights, violence, protection, violation, administrative process, family reunification, provisional measure, link networks, extended family, custody and personal care.

Introducción

En la actualidad hablar de los niños o mejor aún de los derechos de los niños no es extraño, son términos que nos hemos acostumbrado a escuchar a diario, sin embargo, años atrás no era así, en parte porque inicialmente los niños no se consideraban como sujetos de derechos sino más bien como una propiedad, a los que debido a las prácticas sociales y culturales se les daba un trato violento como forma de educación y crianza.

En ese orden de ideas, los niños eran considerados sujetos sometidos al control del adulto, pero gracias a los avances de la ciencia y junto con los aportes de disciplinas como la pediatría, psicología, sociología y la pedagogía entre otras, se comenzó a tomar conciencia de la afectación que este trato dejaba en la vida social, integridad y desarrollo del niño y se comenzó a trabajar para cambiar el precedente de sometimiento y rigidez en la crianza del niño.

A finales del siglo XX la Asamblea General de Naciones Unidas inicia un largo camino hacia la valoración de los niños como sujetos de derechos, y finalmente se aprueba la Convención de los Derechos de los Niños, la cual presenta toda una recopilación de Principios que abarcan aspectos biológicos, psicológicos, culturales y sociales, encaminados al desarrollo pleno e integral del niño como ser humano. Esta Convención abrió las puertas, a una serie de normas e instrumentos a nivel nacional e internacional, cuyo único fin era garantizar la protección de los derechos que como seres humanos tienen los niños.

Por otra parte, La Constitución Política de 1991 estableció un nuevo ordenamiento político y jurídico transformando Colombia en Estado Social de Derecho, sancionó la Ley 12 de 1991 mediante la cual se incorporó a la legislación colombiana la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que establece la forma en que deben ser tratados y cuidados todos los niños, niñas y adolescentes del mundo en los diferentes aspectos de su vida a partir de su reconocimiento como personas con derecho.

En Colombia como en el resto del mundo las estructuras familiares son diversas por los procesos de modernización y transformación, por las múltiples formas culturales, religiosas y sociales, sumado con otras acciones “perjudiciales” presentes que complejizan las situaciones de violencia que viven los niños, niñas y adolescentes, (NNA) es por esto que este trabajo tiene como objetivo establecer si el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes responde de manera efectiva a los derechos: al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella, y a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta.

A través de la revisión de la normatividad establecida a nivel nacional e internacional sobre la protección de los derechos de los niños y las niñas; conociendo la ruta por la cual se lleva a cabo el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados; y del análisis jurisprudencial que abordan dichos derechos.

Nuestra hipótesis consiste en que la familia como núcleo fundamental de la sociedad requiere y demanda atención por su compleja estructura y funcionalidad. La ley colombiana ha tratado de regular muchas de las situaciones que se presentan dentro de la dinámica familiar, entre las que están la amenaza o vulneración de los derechos de los

niños, niñas y adolescentes, razón por la cual expidió el código del menor, hoy Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y adolescencia (C.I.A), donde se estipula una ruta para acceder a la justicia en las situaciones en las que se ven vulnerados los derechos fundamentales de los NNA.

Sin embargo, lo que se logra evidenciar desde la búsqueda de información es que dicha norma no es tan clara ni expresa para las diversas y particulares situaciones que se presentan en torno a los NNA, y por tanto, se hace necesario revisar con una mirada social y personal el cumplimiento del proceso de restablecimiento relacionado en las normas en torno a los derechos de los NNA a tener una familia y no ser separado de ella, a ser escuchado y al debido proceso.

Lo que nos muestran las situaciones revisadas es que la norma se aplica según la subjetividad de quien la administra, es decir queda a la interpretación de la autoridad; y aunque no pretendemos generalizar que las decisiones de las autoridades administrativas vulneran estos derechos, si intentamos probar que a esta norma le hace falta tener presente un modelo de acompañamiento y orientación familiar que se enfoque en la prevención, más que en la atención cuando los NNA ya han perdido el cuidado parental.

Por tal razón, esta monografía se fundamenta en la pregunta: ¿el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes responde de manera efectiva a los derechos, al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella y a dar su opinión y ser tenidos en cuenta?

Ahora bien, consideramos que es importante hacer un llamado desde la academia a los legisladores, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F) quienes son los que

establecen los lineamientos para el proceso de restablecimiento para que la ruta del proceso de atención sea más clara, expresa y exigible, y pueda ser entendida por cualquier ciudadano que la pretenda conocer, de tal manera que no de paso a subjetividades en la aplicabilidad del proceso de restablecimiento de derechos.

Capítulo 1

1.1 Marcos Referenciales

1.1.1 Marco Histórico

Está plasmada la normatividad establecida a nivel nacional e internacional sobre la protección de los derechos de los niños y las niñas.

Es a partir del siglo XX que se empieza a dar importancia a los derechos de los niños a nivel internacional, ya que es aquí cuando la Organización de Naciones Unidas (O.N.U) empiezan a considerar a los niños como sujetos de derechos y no como propiedad y se interponen conceptos de amor, cuidado, confianza y formación a los conceptos de represión, castigo, control y disciplina constante.

Sin embargo, es de anotar que este reconocimiento internacional no ha sido corto, para nada fácil, y no se puede considerar terminado de recorrer, porque en este mundo globalizado y cambiante siempre seguirán surgiendo situaciones que nos obliguen a conocer nuevas situaciones que exigirán nuevas formas de afrontarlo. (Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia). (UNICEF,2009).

A continuación, se presenta en la *¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.* una síntesis aproximada de la normatividad más relevante con respecto a la protección de los

derechos de los niños y niñas establecida a nivel internacional y la normatividad establecida en Colombia alrededor y para su aplicación: Historia de los Derechos del Niño Perspectiva histórica de la evolución de los Derechos del Niño.

Tabla 1 Evolución de las normas internacionales en derechos de la infancia.

N°	AÑO	NORMA	TEMA QUE REGULA
1	1924	Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño	La declaración establece el derecho de los niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual; asistencia especial cuando están hambrientos, enfermos, discapacitados o han quedado huérfanos; ser los primeros en recibir socorro cuando se encuentran en dificultades; libertad contra la explotación económica; y una crianza que les inculque un sentimiento de responsabilidad social. (Humanium, pp. 1-10, 2012)
2	1948	a Declaración de Derechos Humanos	En su artículo 25 dice que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. (Humanium, pp. 1-5, 2012)
3	1959	Declaración de los Derechos del Niño	Reconoce derechos como la libertad contra la discriminación y el derecho a un nombre y a una nacionalidad. También consagra específicamente los derechos de los niños a la educación, la atención de la salud y a una protección especial. (Humanium p. 1, 2012)
4	1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	Ambos pactos promueven la protección de los niños y niñas contra la explotación y el derecho a la educación. (Naciones unidas 1976. p. 1)

5	1973	Convenio No. 138	Trata sobre la edad mínima de admisión al empleo, que establece los 18 años como la edad mínima para realizar todo trabajo que pueda ser peligroso para la salud, la seguridad o la moral de un individuo. (O.I.T 1973, p.1)
6	1979	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Protege los derechos humanos de las niñas y las mujeres. También declara el año 1979 como el Año Internacional del Niño, una medida que pone en marcha el grupo de trabajo para redactar una Convención sobre los Derechos del Niño jurídicamente vinculante. O.I.T 1999, p. 1)
7	1989	Convención sobre los Derechos del Niño	Los 54 artículos que componen el texto recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Tiene 3 protocolos que la complementan: el protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño. (UNICEF 2015, p. 1)
8	1990	Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño	Busca mejorar las condiciones de salud y nutrición de los niños, y promover la atención, cuidado y apoyo a los niños impedidos y otros niños en circunstancias especialmente difíciles. (UNICEF 2002, pp 1-2)
9	1999	Convenio No. 182	Trata sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. (O.I.T 1999, p. 1)
10	2000	Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño	Uno sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. (UNICEF 2014, pp. 1-5)

11	2002	Sesión Especial en favor de la Infancia	Se debaten por primera vez cuestiones específicas sobre la infancia. Cientos de niños y niñas participan como miembros de las delegaciones oficiales, y los dirigentes mundiales se comprometen en un pacto sobre los derechos de la infancia, denominado “Un mundo apropiado para los niños” (UNICEF 2002, p 1)
12	2009	Declaración sobre la Infancia aprobada por más de 140 gobiernos.	Esta declaración reconoce los progresos alcanzados y los desafíos que permanecen, y reafirma su compromiso con el pacto en favor de Un mundo apropiado para los niños, la Convención y sus Protocolos Facultativos.(UNICEF 1990, pp. 1-50)

Nota: En esta tabla observamos la evolución de las diferentes normas Internacionales que regulan los derechos de los Niños, Niñas y adolescentes.

Tabla 2 Marco Normativo Colombiano en lo que refiere a niñas y niños.

MARCO NORMATIVO COLOMBIANO		
Nº	Norma	Tema que regula
1	LEY 83 DE 1946	Se definen y se dictan las medidas para la protección del menor. (L 83, pp. 1-25, 1946)
2	DECRETO 1818 DE 1964	Se crea el Consejo Colombiano de protección Social del Menor y de la familia, le brinda la posibilidad de buscar la asesoría de organismos Nacionales e Internacionales para el mejor cumplimiento de sus funciones. (Dec. 1818, pp. 1-15, 1964)

3	LEY 75 DE 1968	Se crea el ICBF como entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, es el máximo órgano garante de los derechos del cumplimiento y protección de los derechos de los niños y niñas. (L 75, pp. 1-20, 1968)
4	CÓDIGO CIVIL 1974	Artículo 262. Vigilancia, corrección y Sanción. Artículo modificado por el artículo 21 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: “ <i>Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente</i> ”.(Dec 2820, Art 21, 1974.)
5	LEY 7 DE 1979	Se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el sistema nacional de bienestar familiar, se reorganiza el instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (L 7, pp. -15, 1979,)
6	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991: Artículos: 42,43,44,45	Derechos fundamentales de los Niños. El interés superior. El derecho a tener una familia. Protección a la familia. (Cons P. Art 42.43.44.45, 1991)
7	LEY 294 DE 1996	Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. (L 194, , pp. 1-10, 1996)
8	CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA LEY 1098 de 2006 Art: 7, 8, 18.	Tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. (L 1098, Art 7,8,18, 2006,)
9	LEY 1257 DE 2008	Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.(L 1257, pp. 1-25, 2008,)
10	DECRETO 4799 DE 2011	Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008. Respecto a las medidas de protección. (Dec. 4799, pp. 1-18, 2011)

11	DECRETO 4796 DE 2011	Tiene por objeto definir las acciones necesarias para detectar, prevenir y atender integralmente a través de los servicios que garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las mujeres víctimas de violencia e implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la salud.(Dec 4796, pp. 1-12, 2011,)
12	DECRETO 4798 DE 2011	A partir de los principios de la Ley 1257 de 2008 consagrados en el artículo 6°, el, Ministerio de Educación Nacional, las Entidades Territoriales y las instituciones educativas. (Dec 4798, pp. 1-10, 2011,)
13	LEY 1620 DE 2013	Por la cual se crea el sistema nacional de convivencia Escolar y formación para el ejercicio de los derechos Humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y Mitigación de la violencia escolar. (L 1620, pp. 1-15, 2013,)
14	DECRETO 1965 DE 2013	Por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar. (Dec. 1965, pp.1-20, 2013)

Nota: En esta tabla hacemos un resumen de toda la Normatividad Colombiana de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

1.1.2 Marco conceptual

Usa los conceptos que se describen a continuación permiten entender el desarrollo de este trabajo.

NNA: niños, niñas y adolescentes: Para los efectos de la norma son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del código civil, 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 (L. 1098, p.1, 2006).

Vulneración: se entiende como cualquier práctica que, por acción u omisión de terceros, transgredan al menos uno de los derechos de los niños y las niñas. (Diccionario, ley derecha. s.f)

Jurisprudencia: es el conjunto de fallos judiciales y sentencias que forman una de las fuentes del derecho y un precedente para la resolución de casos en el futuro. El juez, cuando dicta sentencia marca un parámetro para futuras ocasiones similares donde la justicia deba expedirse, ya que la jurisprudencia consiste en la interpretación de la ley emanada de un tribunal competente o de la corte suprema de justicia. (Diccionario, leyderecho.s.f)

Fortalecimiento familiar: Es el proceso por el cual se acompaña a las familias que tienen niños, niñas y adolescentes a su cago en el desarrollo de capacidades y habilidades que les permitan ser un entorno protector, aprender conocimientos para una crianza humanizada y permita a los miembros de la familia cumplir con su rol educativo y protector, como primer ente socializador de los niños, niñas y adolescentes. (Diccionario, leyderecho.s.f)

Garantes: son los estados representados por la arquitectura institucional y las y los funcionarios públicos, cuya misión es promover el bienestar integral de toda la población a partir de la implementación de políticas públicas que permitan el adecuado uso y distribución de los recursos públicos, aportados por todos los ciudadanos y ciudadanas a la nación(Diccionario, leyderecho.s.f)

Corresponsables: corresponde al conjunto de personas y organizaciones de la sociedad civil, quienes solidaria y responsablemente deben tomar partido favoreciendo las condiciones para la promoción y protección de todos los derechos humanos. Son quienes

comparten una responsabilidad con el estado para velar por el pleno ejercicio de derechos. (2018,2) Jurisprudencia diccionario. (Diccionario, leyderecho.s.f)

Titulares: son todas las personas, sin posibilidad de que alguna sea excluida en razón a su edad, género, sexo, origen socioeconómico, étnico, cultural, etc., sin embargo, y pese a situaciones históricas y estructurales, se reconoce que algunos grupos en particular siguen siendo discriminados y continúan siendo objeto de vulneración de manera selectiva. Para ello el enfoque define unas **perspectivas diferenciales** reconociendo a varios grupos como **sujetos de especial protección**, entre estos, de manera prevalente a las niñas y los niños. (Diccionario, ley derechos, s.f).

Capítulo 2

Ruta de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados y/o amenazados

2.1 Primera parte

Esta primera parte trata de la verificación de la garantía de los derechos y el auto de apertura del proceso, que de acuerdo con el artículo 52 del código de infancia y la adolescencia.

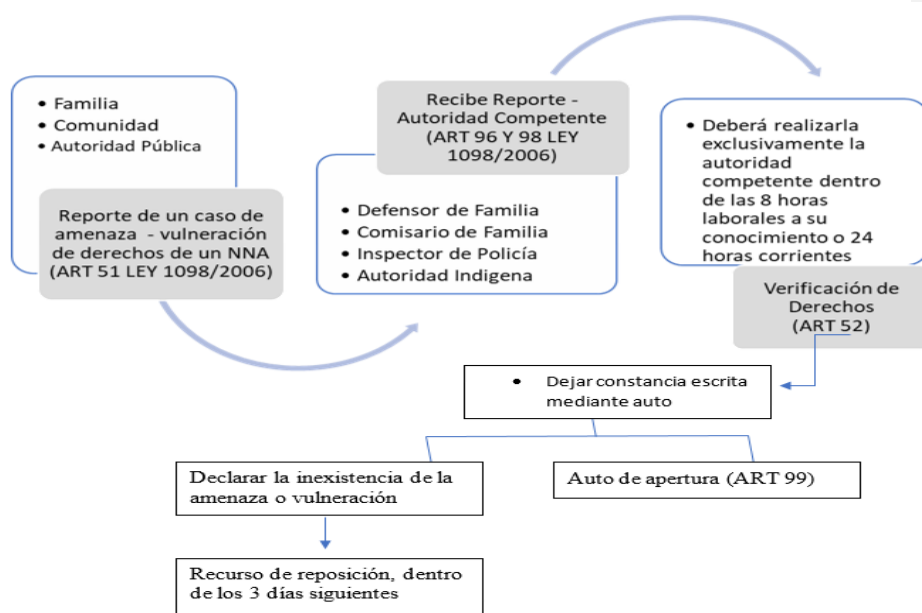


Figura. 1 Primera parte ruta de establecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes *Elaboración propia.*

Como se ve en la gráfica, esta primera parte consiste en la verificación del cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: salud, nutrición, vacunación, identificación: registro civil de nacimiento, ubicación de la familia de origen, estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para los derechos; vinculación al sistema de salud y seguridad social, vinculación al sistema educativo.

En esta primera parte del proceso se han evidenciado varias dificultades sobre la competencia para realizar la verificación de la garantía de los derechos, esta función debe realizarla la autoridad administrativa pero este delega a su equipo interdisciplinario, y en ocasiones, lo que se encuentra en las entidades es que no realizan estas actividades dejando en las familias el seguimiento a este proceso. En los centros zonales se encuentran con la solicitud de llevar toda la documentación del niño, niñas o adolescente (NNA) para poder ser atendido, además no hay claridad en qué momento se debe realizar esta parte del proceso. Frente a esto la Alianza (2014) por la niñez ha dicho:

No obstante, la claridad de estas disposiciones, en los talleres realizados con Defensores de Familia se observó que la verificación de la garantía de derechos no es identificada como una tarea del resorte del Defensor de Familia, sino que corresponde a varias personas como son el equipo interdisciplinario, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar o la familia en el peor de los casos.

Tanto los Defensores de Familia como sus equipos interdisciplinarios consideran que la verificación de la garantía de derechos, no obstante ser una actuación fundamental, es una responsabilidad compartida entre los miembros de la

Defensoría, por lo cual quien la lidera no es el Defensor de Familia, sino en la mayoría de los casos, uno o varios miembros del equipo interdisciplinario que presentan ante el Defensor dicha verificación (pp. 1-10).

Esta interpretación tan afianzada en las autoridades administrativas y sus equipos interdisciplinarios, es hoy la causa de negación del servicio más común, al punto de encontrar en los Centros Zonales en sus carteleras informativas que, si no llevan documentos tales como el registro civil de nacimiento, el carnet de vacunación y de estudio y el carnet de afiliación a la EPS, no serán atendidos y esto genera la negación de la atención.

2.2 Segunda parte

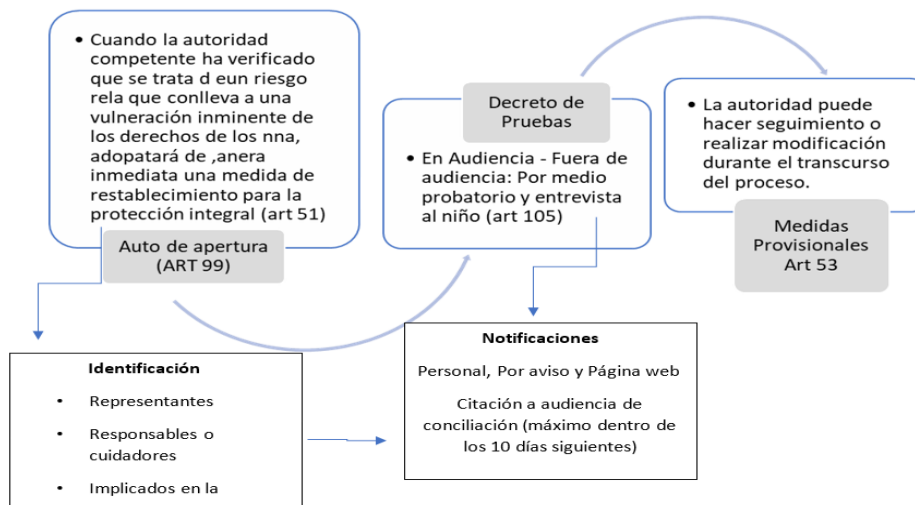


Figura. 2. Segunda parte ruta de establecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Elaboración propia

No hay un tiempo para el periodo probatorio, pues se entiende abierto desde el momento del decreto de las pruebas por parte de la autoridad y se termina con el fallo, por lo tanto, este proceso no tiene un límite de tiempo, lo importante es que las partes y el Defensor de Familia cuentan con poder para la solicitud y decreto de pruebas, siempre y cuando se protejan las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil respecto de su práctica e incorporación al proceso.

La segunda parte se caracteriza por el periodo probatorio y las notificaciones ya que son la manera de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de los implicados, existen varias formas de notificar:

- Notificación personal para el Auto de apertura de investigación cuando se conozca la identidad y dirección de las personas que deban hacerse parte
- Notificación por aviso, cuando no sea posible tener la información para el Auto de apertura de investigación y de las demás decisiones que se tomen en el proceso que no se dicten en audiencia.
- Notificación en estrados, para lo que se dicte en el curso de una audiencia, dentro de las que se encuentra el fallo. (L 1098, pp.50-65, 2006)

2.3 Tercera parte

Esta parte se caracteriza por el fallo, que se da una vez agotado el periodo probatorio en la audiencia, el término para emitir el fallo lo establece el artículo 100, indica que es de 4 meses prorrogables por 2 meses más para emitir el fallo dentro de la actuación administrativa, lo que se concluye con 6 meses para la emisión del fallo. Este término decimos es perentorio, dado que, si se cumple sin que la autoridad haya proferido el fallo,

extingue automáticamente la competencia de la autoridad administrativa y la traslada al Juez de Familia quien deberá continuar conociendo del asunto. (L 1098, 2006)

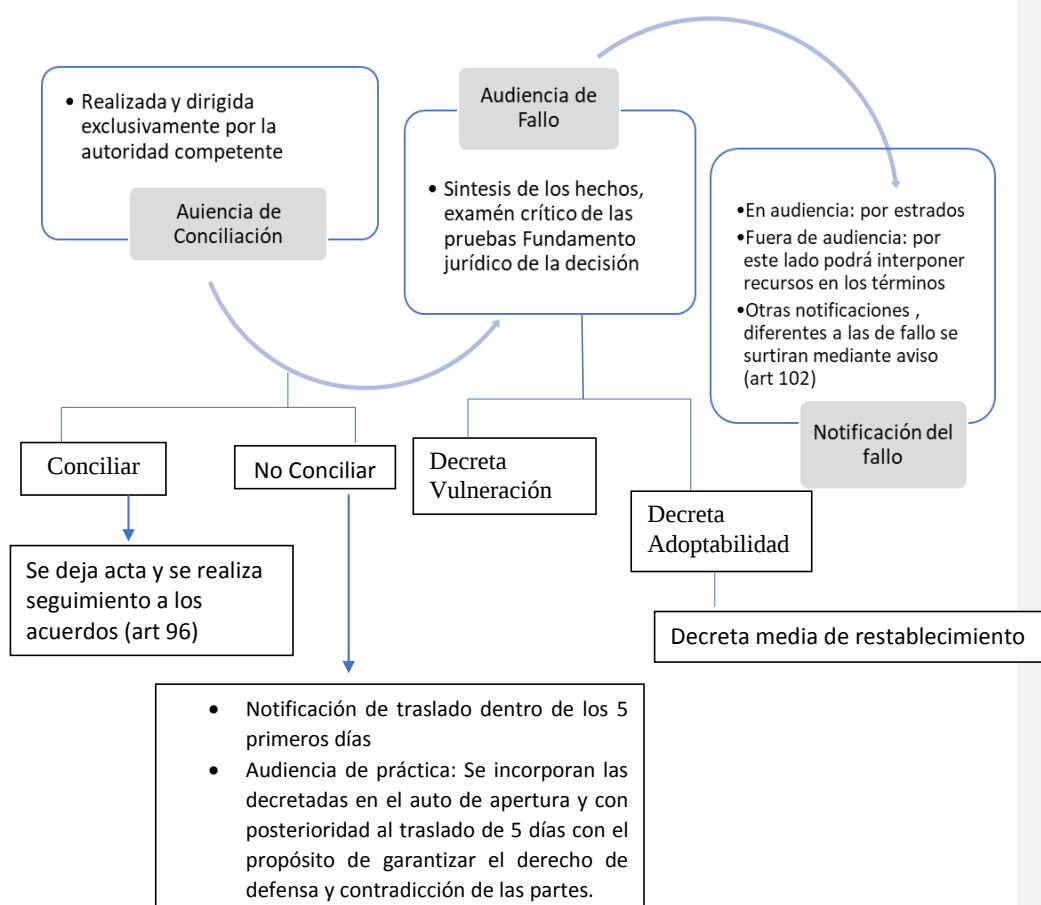


Figura. 3 Tercera parte ruta de restablecimiento de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Elaboración propia

Este término para fallar establecido en la norma ha provocado interpretaciones en las autoridades administrativas respecto de lo que representa, y del contenido del propio término, pues consideramos que lo que el funcionario ha interpretado es que este es un término máximo para el restablecimiento del derecho y de ser así es un término corto para lograr el restablecimiento de los derechos, sin embargo, si se analiza a profundidad el término lo que indica es el término para tomar una decisión, no para el restablecimiento absoluto del derecho, pues en ocasiones no es posible que el propio restablecimiento coincida con la realidad del niño, niña o adolescente.

Cuando en concepto del Defensor de Familia haya lugar a modificar la medida en los términos del artículo 103, una vez se ha proferido el fallo, se emitirá la correspondiente resolución modificatoria que se notificara a las partes mediante aviso y contra ella procederá el recurso de reposición e incluso el de homologación o revisión si se declara la adoptabilidad del niño, niña o adolescente. (L 1097, 2006)

Capítulo 3

Análisis jurisprudencial de los derechos a tener una familia y no ser separado de ella, a ser escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta y al debido proceso.

3.1 Derecho a tener una familia.

¿Qué es el derecho a tener una familia y no ser separado de ella?

Es un derecho fundamental reconocido especialmente en la Convención de los Derechos de los niños y las niñas y con un desarrollo particular en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones

Unidas en 2009 (O.N.U) establecen pautas para la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales de protección de los niños que han perdido o están en riesgo de perder el cuidado familiar.

Manifiesta que tienen por objeto:

Promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales relativas a la protección y al bienestar de los niños privados del cuidado parental o en peligro de encontrarse en esa situación. (O.N.U, Res 18 Dic, p. 2, 2009)

La Convención de los Derechos de los niños y las niñas.

En su preámbulo manifiesta:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (O.N.U, p. 1, 1989).

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las

creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (O.N.U, Art 2, par 2, 1989)

Separación de padres y madres. Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo.

Artículo 9 Convención sobre los Derechos del Niño

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (O.N.U, Art 9, No 1, 1989)

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. (O.N.U, Art 9, No 2, 1989)

- ✓ Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (O.N.U, Art 9, No 3, 1989)

- ✓ Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas. (O.N.U, Art 9, No 4, 1989)

Cabe resaltar, que la Reunificación Familiar Es derecho de los niños y sus padres y madres salir de cualquier país y entrar en el propio, con miras a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación entre unos y otros. Las directrices además exponen “Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.

De acuerdo a lo que se consagra en la carta constitucional que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás: el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es un tema que genera controversia en la jurisprudencia que se ha venido formando con el transcurrir del tiempo. (Const.P., art. 44, 1991)

3.1.1 Análisis de la Sentencia T- 572 De 2009

En el presente caso se trata de una señora que interpone una acción de tutela contra la Casa de Justicia, la Defensoría de Familia y la Alcaldía Municipal, todas ellas de Floridablanca, argumentando vulneración de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 29 (debido proceso) y 44 Superiores (derechos fundamentales de los niños). La peticionaria relata que el día 12 de noviembre de 2008, las entidades accionadas adelantaron una diligencia administrativa de rescate en su vivienda, pretextando el abandono en que se encontraba su hijo de 3 años de edad.

En tal sentido, considera que el decreto de una medida provisional de protección a favor de su hijo configura un acto arbitrario, por cuanto al momento de practicarse la visita, ella se encontraba en el hogar. Además, niega por completo que su niño se hallara en estado de abandono y que los funcionarios no indagaron por el estado de salud, educación y alimentación del menor.

Así las cosas, interpuso acción de amparo con el fin de que las autoridades demandadas le devolvieran a su hijo. Por el contrario, el Comisario de Familia argumenta que su decisión se tomó con base en un informe rendido por la Policía de Menores, según el cual el día anterior habían recibido información en el sentido de que había un niño encerrado y llorando en una casa.

Que efectivamente procedieron a verificar los datos, y según su reporte encontraron a un menor “de aproximadamente tres años, cabello largo, asomado por la ventana del primer piso quien al parecer se llama Sebastián. Quien nos dijo literalmente que se encontraba solito y que tenía hambre”. Explica igualmente el funcionario que, durante la visita, la psicóloga pudo constatar el estado de abandono en que se encontraba el menor, e igualmente se halló en la casa un perro, el cual, al parecer sufría sarna.

En sede de tutela, la Comisaría de Familia de Floridablanca remitió fotocopia del respectivo expediente administrativo, de cuyo examen se pudo constatar que, con fecha 5 de mayo de 2009 se ordenó el reintegro provisional del menor a su núcleo familiar, decisión que se tornó definitiva al día siguiente

Quiere ello decir que, un niño de tres años de edad, durante casi 6 meses permaneció alejado de su núcleo familiar, por decisión de una autoridad administrativa, con base simplemente en un informe rendido por la Policía de Menores y el concepto de una psicóloga. En este orden de ideas, aunque resulta evidente que se está ante un caso de daño consumado, y por ende el amparo resulta improcedente, dada la evidente violación de derechos fundamentales que se produjo, la Corte considera necesario hacer una revisión de fondo de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela.

El Instituto Colombiano de bienestar familiar es la entidad encargada de dar línea técnica a todas las entidades del sistema nacional de bienestar familiar, ya que a pesar de existir la ley 1098 del 2006 (ley de infancia y adolescencia), el ICBF tuvo que particularizar y dar línea técnica para la aplicabilidad de algunas generalidades que tiene la ley. Durante el inicio del proceso se debe dejar constancia según el artículo 52 de la ley 1098 de 2006, de

la verificación de derechos lo cual no se evidencia según el relato de los hechos de la demandante, el artículo cita:

En todos los casos en donde se ponga en conocimiento la presunta vulneración o amenazada los derechos de un niño, niña y adolescente, la autoridad administrativa competente emitirá auto de trámite ordenando a su equipo técnico interdisciplinario la verificación de la garantía de los derechos consagrados en el Título I del Capítulo II del Código de Infancia y adolescencia, en el que se deberán realizar:

1. Valoración inicial psicológica y emocional.
2. Valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación.
3. Valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos.
4. Verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento.
5. Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social.
6. Verificación a la vinculación al sistema educativo.

En esta situación en particular se evidencia como las decisiones de la autoridad administrativa, no cumplen con lo planteado en dicho artículo, puesto que allí expone que se deben realizar valoraciones interdisciplinarias, por las áreas de trabajo social, psicología, nutrición, médicas si es necesario para que los conceptos que estos profesionales brinden puedan soportar la decisión que se tome, lo cual no se evidencia en este caso.

En la sentencia se indica como prueba de la autoridad administrativa lo siguiente: Por el contrario, el Comisario de Familia argumenta que su decisión se tomó con base en un

informe rendido por la Policía de Menores, según el cual el día anterior habían recibido información en el sentido de que había un niño encerrado y llorando en una casa.

Que efectivamente procedieron a verificar los datos, y según su reporte encontraron a un menor “de aproximadamente tres años, cabello largo, asomado por la ventana del primer piso quien al parecer se llama Sebastián. Quien nos dijo literalmente que se encontraba solito y que tenía hambre”. Lo cual no coincide con lo que la madre relata, y seguidamente se contraría con las afirmaciones de la comisaria de familia de Floridablanca, pues, una vez plantean que él niño se encontraba solo en una venta, y en otra que la madre del menor lo deja entrar a su lugar de residencia con su autorización.

En conclusión, de los procesos de rescate, visita y/o seguimiento es importante que todas las y las funcionarias que estén presentes en este tipo de actuaciones tengan adecuadamente registradas todas aquellas acciones que se deriven de la principal, y que así mismo informen de forma adecuada y responsable a los adultos que se encuentren presentes en el proceso, para tener la tranquilidad y la confiabilidad en los funcionarios y en la aplicabilidad de las normas (C.C T-572/09, pp. 1-29, 2009).

3.1.2 Análisis de la Sentencia t-259 de 2018

Tutela interpuesta por la Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, en calidad de agente oficiosa de una menor contra el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, por supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella.

Lo que da lugar a esta sentencia es la decisión de La comisaría de familia de declarar a una niña en estado de vulneración y seguidamente en estado de adoptabilidad, aludiendo a que los padres no son garantes de los derechos de la niña y por tanto se toma la medida de declararla en adoptabilidad; esta medida hace que los progenitores pierdan todos los derechos y deberes frente a sus hijos y por tanto su posibilidad de visitas, aún, cuando la niña había manifestado en audiencia que solicitaba estos espacios para no perder su vínculo afectivo; es allí donde se empieza a vislumbrar la posible vulneración de la niña a tener una familia por parte del Estado, no es claro cuánto tiempo se tomó la comisaría para adoptar esta decisión, ni el proceso para llegar a tomar esta decisión ni la posibilidad de realizar fortalecimiento familiar a familia extensa.

En estas medidas legales, se puede leer entre líneas que existe una fuerte relación de poder en la que el sujeto más afectado es al que se supone se debe proteger de la vulneración, a pesar de su petición la voz de la niña no es tomada en cuenta para la decisión, es prohibido la posibilidad de relacionamiento con sus progenitores y aún, así la autoridad administrativa desde su poderío como representante legal de la niña cree haber tomado la mejor decisión para su vida; sin antes realizar un adecuado proceso de valoración de las diversas situaciones que pudieron haber generado la vulneración de los derechos de la niña, sin realizar también un proceso de apoyo a esta familia y a estas personas que muy implícitamente el mensaje fue: “si no puedes con ello, déjalo” (C.C T 259/18, pp. 1-51,2018) .

3.1.3 Análisis de la Sentencia T-512 De 2017

La Comisaría 17 de Familia de Camelot “rescató” a las niñas Iris y Alegría, para ese entonces de 13 y 9 años de edad respectivamente, debido a que reportes anónimos informaron a la autoridad que las niñas vivían con Ginebra, una amiga de la mamá que no compartía ningún vínculo de consanguinidad con las niñas. La madre de las menores se encuentra recluida en un centro de reclusión.

La madre es psicodependiente la familia en extenso de los menores no pueden cuidar de ellas por lo que el Defensor de Familia decide declarar a las menores en situación de adaptabilidad, la madre de las menores se opone a la resolución adoptada por la Defensoría de Familia razón por la cual, la Resolución debía ser homologada por un juez de familia. El trámite fue asignado por reparto al Juzgado XX de Familia de Camelot, quien después de analizar la situación de la pequeña y los documentos aportados por la Defensoría, decidió no homologar la resolución mediante la cual se declaraba su situación de adaptabilidad.

En la sentencia del 14 de julio de 2016, el Juzgado analizó las pruebas presentadas por la Defensoría y halló que “las circunstancias que dieron origen al proceso de restablecimientos de derechos a favor de la menor, han variado...”. Por tanto, la entidad judicial consideró que era necesaria una nueva verificación de las condiciones de la mamá de la niña, antes de proceder a homologar la situación de adaptabilidad.

En efecto, para el Juzgado, “en este caso, no se observa que se haya estudiado una última posibilidad de reintegrar a ALEGRÍA con su progenitora, antes de emitir la decisión de adoptabilidad”. Por consiguiente, ordenó a la Defensoría realizar las respectivas

verificaciones, restableció el derecho de las visitas entre madre e hija y determinó la necesidad de iniciar un proceso terapéutico con la niña, la madre y las hermanas.

En esta situación, se ve implicado el contexto carcelario en el que se encontraba la progenitora, puesto que a pesar de la declaratoria de adaptabilidad que dictó el defensor de familia, la madre sostenía ante juez la intención de tener la custodia de sus hijas, por lo que se vio enfrentada la decisión del defensor de familia, quien manifiesta haber cumplido con el debido proceso para fundamentar su decisión y la postura del juez de familia que considera pertinente volver a revisar la situación de la madre antes de la resolución de la declaratoria de adaptabilidad.

Es importante de esta sentencia, resaltar el interés de la madre por tener a sus hijas, y de allí desprender la necesidad que tiene el estado de garantizar que los niños y niñas crezcan en un ambiente familiar que les permita desarrollarse armónicamente y aprender lo necesario para ser personas autónomas e independientes que aporten adecuadamente a la sociedad, ya que, al estar en medio carcelario.

La progenitora no contaba con todos los recursos y todas las capacidades de cuidado y crianza para cuidar de sus hijas, dentro de la condición jurídica en la que está se debe contemplar el rol materno al que debe responder y por ende apoyarle con un proceso de fortalecimiento personal y familiar que le brinde las orientaciones necesarias para ejercer su rol de la manera más asertiva y responsable posible (C.C T 512/17, pp 1-49, 2017).

3.1.4 Análisis de la Sentencia T-510 De 2003

La Sala advierte de entrada que el caso bajo estudio plantea problemas de gran complejidad, con una importante dimensión ética y, dadas las circunstancias, un alto potencial para generar una carga en sufrimiento para las partes, sea cual fuere la decisión a tomar.

En casos como estos, en los cuales está de por medio la preservación de los derechos de los niños, la Corte debe orientarse ante todo por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor, el cual debe incorporarse como eje central del análisis constitucional. En el mismo sentido, por tratarse de la protección de derechos fundamentales prevalecientes, la Corte efectuará un examen particularmente estricto de las actuaciones llevadas a cabo en relación con el proceso de adopción de Alicia.

El principal problema jurídico que se plantea en esta oportunidad se puede formular así: ¿el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, desconoció el interés superior de Alicia y su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar, en este caso, la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negarle a Beatriz la posibilidad de recuperar a su hija? Para efectos de resolver este delicado problema jurídico, la Corte estudiará los siguientes temas estipulados en SENTENCIA (C.C., T-510/03, 2003)

- (i) La determinación del interés superior de menores en casos concretos.
- (ii) Los derechos y deberes de la familia biológica frente a los niños, así como la situación jurídica de los padres adoptantes.

- (iii) Los requisitos para otorgar y revocar el consentimiento para dar a un menor en adopción.

Una vez establecidas las reglas que deben ser aplicadas a estos asuntos, procederá la Sala a ponderar la situación concreta de Beatriz y su hija menor Alicia, para adoptar una decisión a la mayor brevedad, habida cuenta de que Alicia está bajo una medida de protección temporal que no le permite establecer vínculos afectivos duraderos y estables. Este caso es bastante similar al anterior, puesto que está en juego el interés de la madre por tener a su hija, y el interés superior de la menor al haber sido objeto de una decisión de su progenitora al declarar que no la podía tener (en un momento) y luego en cambiar de decisión por cambiar sus condiciones de vida. Frecuentemente en la mayoría de las situaciones en la que el derecho de los niños y niñas a tener una familia se ve afectado prima las decisiones que tomen los adultos frente a con quien debe estar él niño o la niña, pero es el interés superior el que se debe manifestar como importante en cualquiera que sea el proceso.

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales. La importancia de hacer valer este derecho en el ámbito jurídico y social procede desde que se inicia el proceso de restablecimiento de derechos, informando a la familia que existe este derecho y que, por ende, se debe hacer cumplir (L.1098, Art 23, 2006).

Una de las falencias evidenciadas en esta situación es la falta de acompañamiento del estado a la familia para la toma de estas decisiones, por el solo hecho de la prevalencia de los derechos de los niños-as, es importante que se acompañe a las familias, con la labor de profesionales interdisciplinarios que le orienten a hacer un ejercicio de balanza y poner sobre la mesa las diferentes opciones, en la que se presente como último recurso la medida de adaptabilidad.

Capítulo 4

Análisis jurisprudencial del derecho del niño a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta

4.1. El deber de escuchar al niño:

El derecho del niño a ser escuchado encuentra su sustento en diversos instrumentos internacionales como:

- Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos.
- Artículo 8 numeral 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Con base en estos sustentos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluye: Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus

declaraciones inculpativas por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra (C.S.J, Sala C. Penal., AP357-2015, p. 9, 2015).

Este derecho de acceso a la administración de justicia también aplica en materia infantil y fue desarrollado para el caso de los menores en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño (p. 4).

1. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Observación General No 12 2009).

Como podemos observar el derecho de los niños a participar en los procesos que afectan su vida, es relativamente reciente, pues anteriormente el niño era considerado como un inhábil que no tenía voz ni voto en las decisiones contempladas por los administradores de justicia que afectaban su futuro y el de su familia. Pero esta participación les ha otorgado a los niños ciertas prerrogativas, convirtiéndolos en sujetos de derechos en igualdad de

condiciones con los adultos, en cuanto a la capacidad de intervención y decisión en asuntos trascendentales que afectan su esfera personal, familiar y social.

4.3. El Derecho de los Niños a ser Oídos y Tenidos en Cuenta, en Colombia.

El derecho de los niños a ser oídos y a ser tenidos en cuenta en nuestra legislación colombiana se implementó inicialmente mediante el artículo 10 del (C.M. Art 10, 2013) establecía:

Todo menor tiene derecho a expresar su opinión libremente y a conocer sus derechos. En consecuencia, en todo proceso judicial o administrativo que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes (pàrr,1).

A pesar que este derecho hace parte del principio del Interés Superior del Niño, de estar consagrado en la Declaración de los Derechos de los Niños y por tanto de hacer parte del Bloque de Constitucionalidad, en Colombia el legislador no le ha dado la trascendencia requerida pues encontramos procesos en derecho de familia, que tocan al menor en su espacio personal y aun así no los hacen partes del proceso, impidiéndoles escuchar su opinión y teniendo en cuenta sus sugerencias. Veamos a continuación las siguientes sentencias:

4.3.1. Análisis de la Sentencia T-844 de 2011

Una menor de 9 años sin reconocimiento paterno y abandonada por su madre es criada por los abuelos maternos es entregada al ICBF por la tía abuela que la separa del núcleo familiar

y el ICBF sin investigación exhaustiva de su familia extensa la declara y entrega en adopción, sin embargo, la menor no consigue adaptarse y la madre adoptiva solicita su reintegro para que se revise su caso, obteniendo como respuesta una nueva declaración de situación de adoptabilidad.

La menor en la actualidad cuenta con 16 años de edad está en estado de embarazo y vive con su medio hermana. Y es su tía materna quien solicita dejar sin efecto la actuación administrativa y judicial que declaró a la menor en estado de abandono, situación de adoptabilidad y adopción.

La Corte Constitucional considera que el acto administrativo del ICBF fue arbitrario y el acto jurídico por medio del cual se declaró en estado de adoptabilidad a la menor se efectuó basado en un error inducido vulneratorio de los derechos fundamentales de la menor y critica que el juzgado no haya hecho las investigaciones pertinentes para corroborar el supuesto abandono, por tanto decide dejar sin efecto la resolución que declaró en estado de adoptabilidad a la menor, al igual que la sentencia que decretó su adopción ordenando por tanto que se modifique el Registro Civil de la menor para que recobre los apellidos de su familia biológica.

La Corte resalta que la Observación General No. 12, reconoce a los niños como sujetos plenos de derechos y parte de la hipótesis que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio criterio respecto de las situaciones que afectan su entorno, resaltando además que la edad no determina la percepción que tienen de las situaciones que los afecta indicándolo de la siguiente manera:

Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

Como se puede observar la Observación General No. 12, reconoce que los niños tienen capacidad para formarse su propio criterio el cual es sustentado por el entorno social y cultural al cual pertenece el niño y del cual se está retroalimentando, en la siguiente sentencia la Corte presenta una serie de prerrogativas presentadas por la Observación General No. 12 que indican como se debe tratar al niño frente a decisiones que tomen estas instituciones y que van a definir su vida.(C.C T-844/11, pp. 1-111,2011).

4.3.2. Análisis de la Sentencia T-276 de 2012

Un ciudadano estadounidense de orientación homosexual, adelantó en Colombia el proceso de adopción de dos menores, los cuales le fueron entregados en adopción en cumplimiento de todas las formalidades exigidas por el Estado, sin embargo después de habérselos entregado el ICBF, comienza un proceso de restablecimiento de derechos porque supuestamente el ahora padre adoptivo había ocultado su inclinación sexual, y mientras se resuelve la situación los menores son devueltos al hogar sustituto donde se encontraban y que el ICBF le ha impuesto cada vez más restricciones para comunicarse con sus hijos adoptivos.

El padre adoptivo presenta tutela por considerar vulnerados sus derechos, ya que con los menores existen unos lazos afectivos fuertes y tenían un proyecto de vida. La Corte

en la revisión del caso encuentra que el ICBF no demostró que el padre adoptivo fuera una amenaza para los derechos menores, tampoco demostró que la orientación sexual del padre adoptivo constituyera una amenaza o afectara el estado mental o emocional de los menores. En conclusión, el ICBF no demostró de qué manera la falta de información sobre la orientación sexual del padre adoptivo fuera una amenaza para los menores y que la separación de los menores con respecto a su padre adoptivo fue exagerada. Igualmente indica la Corte que no se tuvo en cuenta la opinión y el deseo de los niños de vivir con su padre adoptivo ya que en varias ocasiones los menores manifestaron su deseo de vivir con él. Por tanto, ordenó tutelar los derechos de los menores y padre adoptivo al debido proceso y unidad familiar y ordenó la entrega definitiva de los menores a su padre adoptivo. En esta sentencia la Corte recuerda que es deber del Estado acatar la Observación General No. 12 donde se indica que el derecho de los niños a ser escuchados comprende las siguientes prerrogativas:

Permitir al niño expresarse en los procesos que se adelanten y que sus opiniones se tengan en cuenta.

Respetar cuando el niño no quiera ejercer el derecho.

Garantizar que el niño pueda expresarse con libertad. Informar y asesorar al niño, para que esté en capacidad de tomar las decisiones que más le favorezcan.

Interpretar la Convención a la luz del derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta. (C.C T-276/12, pp. 1-62, 2012).

Comentado [A1]: Arreglar la cita colocar la sentencia

El Estado no puede partir de la idea que los niños son incapaces de formar su opinión, o que la edad es un factor limitante, lo que debe hacer es una valoración de cada caso en particular.

A continuación, encontramos nuevamente la aplicación de la Observación General No. 12, en la cual la Corte indica de nuevo que el niño tiene la capacidad de formarse su propio criterio basado en el contacto con su realidad, y que por tanto no es necesario que el niño sea informado de la totalidad de los hechos, que basta con que comprenda la situación, para que pueda expresar su opinión sin presión alguna y de esta manera pueda expresarse con libertad (C.C T-276/12, pp. 1-62, 2012).

4.3.3. Análisis de la Sentencia T-955 de 2013

A Eloísa le fue otorgada la custodia provisional de Milagros hija de Elvira por la denuncia de violencia intrafamiliar y por actos sexuales cometidos contra la menor por parte del compañero de Elvira, acusaciones de las cuales fueron declarados inocentes posteriormente. Situación por la cual Elvira inicia un proceso de reglamentación de visita, custodia y cuidado personal.

Y es ahí donde Eloísa interpone acción de tutela por considerar que la opinión de Milagros no fue tomada en cuenta. La Corte determina que efectivamente Milagros ha sido escuchada por especialistas en diversas ocasiones y si bien es cierto la Juez de familia no escuchó directamente a Milagros si ha tenido contacto directo con la prueba que son las valoraciones psicológicas y que en alguna ocasión Milagros manifestó estar de acuerdo con el encuentro con su madre.

Para la Corte Milagros si puede estar con su familia biológica, pues si bien Elvira y su compañero fueron acusados de violencia intrafamiliar y actos sexuales en menor de 14 años, ambos fueron absueltos razón por la cual otorgar la custodia de Milagros a Elvira no implica riesgo alguno para Milagros, y que si bien es cierto los niños deben ser escuchados también lo es que la niña pueda expresar su opinión sin presión alguna y en presente caso según los hechos la menor no estaría en capacidad de expresar una opinión de manera razonada e independiente debido a los confortamientos que la menor ha presenciado.

La corte ordena la reintegración de Milagros a su núcleo familiar con acompañamiento tanto para Eloísa y su núcleo familiar por los lazos de afecto que los ha unido durante los últimos 7 años como para Elvira y Milagros de tal manera que se vayan construyendo vínculos madre e hija, que poco a poco las vaya uniendo nuevamente como familia biológica.

- La Corte Constitucional vuelve a hacer referencia a las obligaciones del Estado que anteriormente fueron señaladas y además hace mención de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo acerca del caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sobre el derecho de los niños a ser escuchados basados igualmente en la lectura de la Opinión General No. 12: Los niños son capaces de expresar sus opiniones
- No es necesario que los niños conozcan de manera exhaustiva todos los aspectos de un asunto que los afecte, basta con una comprensión que les permita formarse

un juicio propio Los niños deben poder expresar sus opiniones sin presión y escoger si quieren ejercer el derecho a ser escuchados

- -Quienes van a escuchar al niño, así como sus padres o tutores, deben informarle el asunto y las posibles decisiones que pueden adoptarse como consecuencia del ejercicio de su derecho. (C.C T-955/13, pp. 1-27,2013)

Se debe evaluar la capacidad del niño o niña, para tener en cuenta sus opiniones y comunicarle la influencia de éstas en el resultado del proceso

La madurez de los niños debe establecerse a partir de su capacidad para expresar sus opiniones de forma razonable e independiente”.

Si bien es cierto, que la Observación General No. 12 nos presenta una serie de criterios para tener en cuenta a los niños en procesos de restablecimiento de derechos la Corte indica que dicho derecho no tendría fundamento si no se acatara el principio del interés superior del niño, ya que es precisamente este principio el que hace obligatorio el cumplimiento de dicha observación. (C.C T-955/13, pp. 1-27,2013).

4.3.4 Análisis de la Sentencia T-768 De 2015.

Sonia madre de 5 hijos entrega temporalmente la custodia de su hijo menor Alejandro al ICBF, debido a su precaria condición económica, el ICBF inicia el proceso de restablecimientos de derechos de Alejandro el cual termina con la declaratoria de adoptabilidad, Sonia interpone tutela por considerar que el ICBF le impidió las visitas a su hijo, no la hizo parte ni a ella ni a la familia extensa en el proceso administrativo.

Comentado [A2]: Revisar la cita

Comentado [A3R2]:

La Corte Constitucional entra a estudiar el interés superior del niño, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el proceso administrativo adelantado, el derecho de los niños a ser oídos y por último el proceso de restablecimiento de derechos en favor de Alejandro.

En cuanto al punto del derecho a ser oídos la Corte indica que en la observación general No. 12 “el derecho del niño a ser escuchado” el Comité de Derechos del Niño, establece que no se puede aplicar correctamente el artículo 3 “Interés superior del niño” si no se acatan los principios del artículo 12 que se resumen en atender los razonamientos que hace el menor con respecto a las decisiones que afectan su vida.

En el desarrollo de esta sentencia la Corte deja ver que, el Comité de Derechos del Niño no entiende la aplicación correcta del artículo 3 “Interés superior del niño” sin el acatamiento de la Observación General No. 12, ya que es el artículo 3 el que le da vida al derecho de los niños a ser escuchados, pero es precisamente la observación No. 12, la que explica cómo se debe aplicar este derecho, para atender de manera eficaz al menor frente a las decisiones que los afectan.

Sin embargo, aclara que el derecho de los niños a ser escuchados no debe estar limitado por su edad y madurez, que el niño no debe ser entrevistado más de lo necesario para evitar la re victimización, recordando que para eso existen los registros de las opiniones de los niños en instancias inferiores y que cuando la autoridad judicial no tenga en cuenta la opinión del niño debe argumentar el por qué no se tuvo en cuenta la opinión del niño.

El principio del interés superior y la Observación General No. 12, indican que el niño tiene derecho a expresar su opinión frente a situaciones que afecten su vida y por tanto debe ser

tenida en cuenta, no basta con expresarse, más que eso lo que esta observación exige es que el menor sea tenido en cuenta máxime cuando las situaciones particulares han permitido que el menor a través de las experiencias sociales y culturales tenga una comprensión clara de lo que sucede a su alrededor (C.C T-768/15, pp. 1-74,2015).

4.3.5 Análisis de la Sentencia T-259 De 2018

Tutela interpuesta por la Defensora de Familia Regional Santander, en calidad de agente oficiosa de una menor, por supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella.

En el 2012 la Comisaría de Familia de Piedecuesta, Santander dio apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la adolescente y por falencias procesales y sustanciales fue remitido al juzgado de familia, quien en sentencia en el 2017, declaró a la menor en situación de vulneración de derechos y abandono, y así mismo la declaró en estado de adoptabilidad ya que los padres biológicos no están en condiciones de hacerse cargo de su cuidado y protección y no cuenta con familia extensa.

Ordenando además que se reubique a la menor y se indique la nueva dirección con el fin que los padres biológicos puedan visitarla, así las cosas, la defensora de familia indica que con la declaratoria de adoptabilidad se pierden los derechos y deberes que tienen los padres sobre los hijos y por tanto no es jurídicamente viable que se le otorguen esta clase de permisos para ver a la menor.

Como se puede observar en el fallo de esta Sentencia, es evidente que el interés superior del niño se ve desarrollado en la observación No. 12 donde toma vida y esclarece la garantía

que tienen los niños, niñas y adolescentes en cuanto al derecho de ser escuchados, pero más que eso a formarse su propio criterio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, garantizando su adecuado desarrollo físico, psicológico y social integralmente, y de esta manera, el ejercicio de sus derechos.

En el mismo sentido destaca que la edad no puede determinar el valor de la opinión de los menores, pues la comprensión de las situaciones que le rodean depende del estudio, información, experiencia y entorno; experiencias sociales y culturales, es por esto que se debe analizar caso por caso (C.C T-259/18, pp. 1-51,2018).

Capítulo 5

Análisis jurisprudencial del derecho del niño al debido proceso

Consagrado en el Artículo 26. Del Código de la Infancia y la Adolescencia: “Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. (par. 1)

Esto quiere decir que, así como en los procesos judiciales o administrativos de los adultos se deben seguir ciertas prerrogativas, los niños también tienen derecho a que respeten y adelanten todas las formalidades propias de cada procedimiento ya sea de tipo jurídico o administrativo en el cual se vean involucrados

A continuación, un análisis de cinco sentencias tomadas al azar en las cuales la Corte Constitucional encuentra en su mayoría que dicho derecho fue vulnerado de manera

expedita ya sea por parte del ICBF o por el Juzgado que homologa la decisión administrativa de situación de adoptabilidad.

5.1 Análisis de la Sentencia T – 679 De 2012

Sonia de 6 años hija de Andrea un día le cuenta a su mamá que su padrastro Alberto le toca los genitales y la maltrata. Andrea pone en conocimiento de esta situación a la Policía de Infancia y Adolescencia, por lo cual Sonia es trasladada a un hospital donde después de valoración médica nuevamente es entregada la Policía de Infancia y Adolescencia y ésta la remite al ICBF, quien inicia el Proceso de Restablecimiento de Derechos a Sonia y la ubican en un hogar sustituto.

Durante el tiempo del Proceso de Restablecimiento de Derechos de Sonia la señora Andrea asiste a citas programadas por el ICBF y visita a su hija cuando se lo permiten, cumplido el Proceso de Restablecimiento la Defensora de Familia del ICBF declara a Sonia en condición de adoptabilidad, en razón al alto grado de vulnerabilidad por las prácticas de violencia y maltrato en el hogar y a que la madre reconoció ser consumidora habitual de estupefacientes. Estas diligencias fueron remitidas al juzgado quien homologa la decisión y por tanto fue vinculada al programa de adopciones.

Más adelante la madre de Andrea logra vincular a los abuelos paternos de Sonia, sin embargo, estos son descartados por la Defensora de Familia del ICBF al concluir que la menor no los conoce y no tiene con ellos algún lazo de fraternidad.

La Corte Constitucional señala que la protección de los niños siempre debe estar ligada a valores y principios que busquen un equilibrio entre su bienestar físico, moral, intelectual, y espiritual por tanto, todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos deben estar dirigidas a “garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus derechos ya que el interés superior de los NNA sólo se pueden establecer mediante el razonamiento de las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor, entendiendo que cualquier decisión que se tome va a afectar en forma definitiva e irremediable la vida del NNA.

La Corte Constitucional señala que cuando se toman medida de protección y restablecimiento de derechos, estas decisiones deben estar antecedidas de una serie de estudios y trabajo de verificación que demuestre efectivamente la existencia de abandono, riesgo o peligro, así las cosas, las autoridades administrativas deben estar en capacidad de valorar:

- La existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas;
- 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; y -Las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

En el mismo sentido la corte realiza una síntesis de las reglas procedimentales que rigen el procedimiento administrativo en los siguientes términos:

Los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores (Dec 2272, Art 5, 1989) y estos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario (C.P.C., art. 435, No 5, 2012)

Ahora bien, de acuerdo a la ley del Código de Infancia y adolescencia estipula que:

Los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños (amonestación, retiro de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, ubicación en medio familiar, ubicación en centros de emergencia, adopción) son de competencia de los defensores de familia y comisarios de familia del lugar donde se encuentre el menor (L. 1098, art 96 y 97, 2006).

- Con la providencia de apertura de la investigación, iniciada de oficio o a petición de un interesado se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos (L. 1098, art 99, 2006,)
- La autoridad administrativa podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (Ley 1098, Art 99, 2006,).

- La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo, (Ley 1098, Art 100, par 2, 2006).
- Una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Ley 1098, Art 108, 2006,)
- El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor. (Ley 1098, Art 119, 2006,)

En el caso concreto para la Corte no se vulneraron las normas que regulan el decreto de práctica de pruebas, no se excedió el término de 4 meses establecido para decidir, pero sin embargo no se tuvo en cuenta la solicitud de custodia de los abuelos paternos, ni se demostró que permanecer con la familia paterna se constituiría en un riesgo insuperable para la niña y que no se tuvo en cuenta que la niña tiene un hermano menor con quien se rompería todo lazo familiar.

Así las cosas, sostiene la Corte que las autoridades administrativas obraron de manera apresurada al no evaluar la idoneidad de los abuelos paternos, y que si bien son desconocidos para la niña son finalmente la familia más cercana y tienen el deber y el derecho de brindarle amor y cuidado a Sonia.

Continuando con este análisis la Corte aquí complementa estableciendo cuáles son las situaciones en las cuales se considera que un niño se encuentra en riesgo. (C.C T-679/12, pp. 1-31, 2012).

5.2 Análisis de la sentencia T - 733 DE 2015

Una madre vive con sus 3 hijos en una habitación, a quienes por lo regular deja solos, un día llega el ICBF y se lleva a los menores indicando que la mamá los deja abandonados, a lo cual la mamá indica que debe trabajar para sostenerlos y por esta razón los deja solos, pero se compromete a buscar quien los cuide de ahora en adelante y los niños le son devueltos, pues se encuentran en buenas condiciones físicas, están estudiando y cuentan con seguro médico. Días después el ICBF vuelve y se lleva a nuevamente a los niños por supuesto abandono.

Es así como comienza el Proceso de Restablecimientos de Derechos de los niños, sin embargo, la madre y los menores sostienen que la dueña de la casa los cuida porque la madre le paga por hacerlo. Aun así, el proceso continúa y finalmente son declarados en situación de adoptabilidad y el ICBF traslada el proceso para que el juzgado de familia homologue la decisión.

Dicho procedimiento es homologado por el juzgado, pero se encuentra con que uno de los menores ha sido reconocido por el padre quien no fue vinculado y por tanto este decide deshacer todo el proceso con respecto a ese menor y mantiene la adoptabilidad con respecto a los otros dos.

Durante el proceso que se inicia nuevamente con el menor, la mamá atiende sin reparos todas las citas e indicaciones de mejoramiento de vivienda y atención con respecto al menor, razón por la cual el ICBF decide que la madre está en condiciones físicas, morales y psicológicas para atender a sus hijos, sin embargo el juzgado indica que los menores declarados en adoptabilidad siguen en la misma condición porque ese juzgado encontró razones suficientes para declararlos como tal y que sus decisiones son autónomas y se mantiene en su posición.

La Corte Constitucional indica que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de menores está destinado a procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos a los niños por el ordenamiento jurídico. Resalta que dentro de esas normas la más importante es el derecho a tener y crecer dentro de una familia, y no ser separado de ella significa para el niño el pleno desarrollo de su personalidad porque es en la familia donde se les debe brindar cuidado, amor, educación y condiciones materiales para una vida digna.

Igualmente indica que la Constitución Política señala al Estado como el protector de la institución familiar, y que como núcleo de la sociedad, debe ser protegida de tal manera que se abstenga de adoptar medidas administrativas o judiciales que impliquen violar la

unidad familiar; es por esta razón que en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos se debe buscar siempre garantizar la permanencia o el retorno del niño a su familia, esto quiere decir que cuando se presume la vulneración de los derechos de un niño dentro del seno de su familia los funcionarios encargados deben :

1. Realizar una investigación exhaustiva para constatar la supuesta vulneración y de otra parte encontrar en su familia extensa la más apta para cuidar al menor y
2. Agotar todas las alternativas posibles antes de separar al menor de su familia.

(C.C T-733/15, pp. 1-30, 2015).

Igualmente señala que las circunstancias económicas o sociales no pueden ser excusa para separar una familia e indica que en el artículo 52 del CIA se señalan las condiciones que se consideran de riesgo para los menores enumerándolas así;

1. El Estado de salud física y psicológica
2. Estado de nutrición y vacunación.
3. La inscripción en el registro civil de nacimiento
4. La ubicación de la familia de origen
5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos
6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social
7. La vinculación al sistema educativo

Debe propender por su protección procurando salvaguardar la unidad familiar,

Señala igualmente la Corte que en el Proceso de Restablecimiento de Derechos del niño cuando se encuentre alguna amenaza estos deben propender por su protección procurando salvaguardar la unidad familiar, esto quiere decir que aunque la amenaza provenga del entorno familiar se deben tomar medidas para ponerle fin a esa situación (si la tiene), sin afectar en lo posible el derecho del NNA a tener una familia y crecer dentro de ella, es por esto que la declaración de adoptabilidad debe ser la última medida, después de verificar una afectación grave e irremediable de los derechos del menor y se une a la crítica del defensor del Pueblo quien afirma “lo que se evidencia en la cotidianidad es que las competentes autoridades se inclinan por medidas fáciles y drásticas como es la declaración de abandono pero sin que se intervenga con la familia para intentar solucionar los motivos que dieron lugar a esa situación precaria y procurar que esta termine lo antes posible”. Es de aclarar que no siempre es el ICBF quien en su afán de proteger los derechos de los niños termina por vulnerarlos aún más tal como se deduce de la siguiente situación. (C.C T-733/15, pp. 1-30, 2015).

5.3 Análisis de la Sentencia T-512 De 2017

El 1 de noviembre de 2016, la Defensoría de Familia promueve acción de tutela contra el juzgado XX de Familia para que se ampararan los derechos de la niña ALEGRIA, presuntamente vulnerados por la entidad judicial. Lo anterior, debido a que, a través de sentencia, el juzgado negó la homologación de la Resolución que declaraba la situación de adoptabilidad de la referida niña, señalando que:

La comisaria de Familia rescató a dos niñas, debido a que reportes anónimos informaron que las niñas vivían con una amiga de la mamá que no compartía ningún vínculo de

consanguinidad con las niñas, y al comprobarse esta situación las menores fueron puestas bajo custodia de la Defensoría de Familia. Más adelante se verificó que las menores estaban desescolarizadas, sin vínculo a salud y a cargo de una tercera persona. Al indagar sobre el paradero de la madre de las menores se encontró que la madre de las menores se encontraba recluida en un Centro Penitenciario de mujeres, ella es portadora de VIH y consume sustancia psicoactivas, marihuana, y ha intentado suicidarse varias veces.

La defensora de familia se comunicó con la abuela de las niñas quien manifestó que la madre de las niñas la había amenazado de muerte y que no podía hacerse cargo de ellas, además porque tenía a su cuidado a otra nieta, razón por la cual más adelante es notificada personalmente la madre de las niñas la resolución de vulneración de derechos además, se afirma que se remitieron las actuaciones del proceso Administrativo de Restitución de Derechos de la hermana mayor a un centro de rehabilitación debido a que presentó consumo de SPA, por esta razón la defensoría solo continuó con el proceso de la hermana menor, con la que después de realizar el debido procedimiento fue declarada en situación de adaptabilidad. La madre de la niña asistió a la audiencia en compañía de personal de la cárcel, quien se opuso a Resolución adoptada por la Defensoría de Familia, razón por la cual esta Resolución debía ser homologada por un juez de Familia.

El juzgado XX de Familia, después de analizar la situación de la pequeña y los documentos aportados por la Defensoría, decidió no homologar la resolución de declaración en situación de adoptabilidad, al considerar que las circunstancias que dieron origen al restablecimiento de derechos a favor de la menor han variado, para el juzgado no se observa

que haya estudiado una última posibilidad de reintegrar a la niña con su progenitora, antes de emitir la situación de adoptabilidad.

Para la Defensoría de Familia la decisión del juez es equivocada y vulnera los derechos fundamentales de la niña, indicando que se probaron los siguientes hechos: -La madre de la menor no es apta para ejercer el cuidado y la custodia ya que esta privada de la libertad, desde que la niña tenía 1 año.

El padre de la niña, tampoco es apto para ser garante nunca se presentó al proceso Administrativo adelantado ni ha tenido contacto con la niña y se encuentra privado de la libertad por Hurto Calificado. -Ningún miembro de la familia extensa puede hacerse responsable de la niña. -La abuela paterna expresó telefónicamente varias veces que no desea tener el cuidado de la niña.

La fotografía de la menor fue publicada en medios masivos de comunicación, tal como lo ordena la Ley 1098 de 2.006, artículo 102, sin que ningún familiar se presentara.

En este caso la defensoría de Familia cumplió con los parámetros y requisitos establecidos en la ley y en la jurisprudencia constitucional para decretar la situación de adoptabilidad de la niña, ya que agoto la búsqueda de la familia nuclear y extensa de la niña, ofició tratamiento terapéutico a la niña respecto de la situación que vivió, y ejerció en debida forma el cuidado y la custodia, mientras se surtía el proceso de restablecimiento de derechos.

El Juzgado XX de Familia incurrió en violación directa de la Constitución y en efecto fáctico al no decretar las pruebas que considerara necesarias para verificar si la resolución de adoptabilidad de la niña cumplía con el estándar propuesto por la Corte Constitucional

en este tipo de procesos pues en un momento posterior se decretaron y practicaron pruebas adicionales, situación que condujo a que esta autoridad, en un segundo análisis, homologara la Resolución de adoptabilidad de la niña, razón por la cual la Corte confirma el segundo trámite realizado por el Tribunal Superior.

Nuevamente encontramos un caso de vulneración de este derecho por lo cual la corte presenta una serie de situaciones que aclaran cuando nos encontramos frente a una vulneración de derechos de los niños y qué medidas se deben adoptar al respecto de acuerdo a cada situación particular (C.C T-512/17, pp.1-30, 2017).

5.4 Análisis de la Sentencia T – 572 De 2009

El niño Juan Sebastián Uribe Becerra vive con su mamá, en el mes de noviembre del 2008, llegan unos agentes de policía y el Defensor de Familia a su casa y le dicen que se llevarán al niño porque el menor se encontraba en abandono, la mamá de Juan sostiene que fue ella quien los atendió que nunca le mostraron las pruebas y por eso no entiende a qué clase de abandono se refieren, que lo que le manifestaron fue que el día anterior la policía había pasado por la residencia y que el niño estaba solo, lo cual desmiente, pues indica que ella estuvo en su casa y que horas antes había estado su esposo y que en ningún momento pasó la policía.

La mamá de Juan explica que no dejaron constancia de la verificación del registro civil del niño, la vinculación a salud ni al sistema educativo, que efectivamente se llevaron al niño y lo entregaron a un hogar de paso y que eso solo sucede cuando el niño es encontrado

solo, cosa que no sucedió en este caso pues ella estaba en la casa, fue quien les abrió la puerta y los atendió, razón por la cual solicita que le devuelvan a su hijo.

La corte en la revisión del caso solicita copia del expediente administrativo del cual concluye que un menor de 3 años estuvo separado de su núcleo familiar durante casi 6 meses por decisión de una autoridad administrativa que no constató bien la información y se basó en un informe rendido por la Policía de Menores y el concepto de una psicóloga.

La Corte Constitucional, en el tema que nos ocupa cita el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006

“Medidas de restablecimiento de los derechos”, señalando los aspectos que deben tenerse en cuenta con respecto a la verificación de los derechos de los niños antes de disponer las medidas de restablecimiento, tales aspectos de los cuales se deben dejar sustento para que sirvan para definir las medidas pertinentes son:

1. *El Estado de salud física y psicológica.*
2. *Estado de nutrición y vacunación.*
3. *La inscripción en el registro civil de nacimiento.*
4. *La ubicación de la familia de origen.*
5. *El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.*
6. *La vinculación al sistema de salud y seguridad social.*
7. *La vinculación al sistema educativo (L. 1098, 2006).*

Una vez realizada la verificación de los anteriores aspectos, el personal encargado de establecer cuáles son las Medidas de Restablecimiento de Derechos a seguir deberá adoptar alguna de las siguientes medidas consignadas en la L. 1098, art 19-35, 2006:

Amonestación. Que consiste en recordarles a los padres o cuidadores de los NNA, el deber de cumplir con las obligaciones que les corresponden o que la ley les impone, y la orden perentoria de que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar los derechos de los NNA, con la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez, a cargo de la Defensoría del Pueblo, so pena de multa convertible en arresto. (...)

Ubicación en familia de origen o familia extensa. Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes, cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos.

Ubicación en hogar de paso. Es la ubicación inmediata y provisional del NNA con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención, es una medida transitoria, y su duración no podrá exceder de ocho (8) días hábiles. (...)

Ubicación en Hogar Sustituto. Medida de protección provisional que consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen. Esta medida se decretará por el menor tiempo posible sin que pueda exceder de seis (6) meses.

Es claro que para poder tomar alguna de las anteriores medidas primero se debe practicar:

Allanamiento y rescate. Se aplica cuando después de una valoración juiciosa y seria del caso particular se tiene serios indicios de que un niño se encuentra en una situación de peligro tal que su vida o integridad está comprometida, con el fin de rescatarlo y prestarle la ayuda necesaria y siempre que les sea negado el ingreso después de haber informado el propósito de la visita, dejando la respectiva constancia.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, la Corte indica que antes de tomarse alguna de las medidas de Restablecimiento de Derechos, ésta primero debe estar sustentada en un trabajo juicioso de verificación, contemplada bajo criterios de racionalidad y proporcionalidad del cual no quede la menor duda que el niño si se encuentra en situación de abandono, riesgo o peligro.

En el mismo sentido señala que al aplicar dichas medidas además de haber cumplido los requisitos del artículo 44 de la Constitución Política, también se debe tener en cuenta:

- (i) La existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas;
- (ii) La proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada;
- (iii) La solidez del material probatorio;
- (iv) La duración de la medida; y
- (v) Las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

Siguiendo con el tema de la sentencia anterior en la situación particular que se presenta a continuación nuevamente la Corte recuerda que no se debe actuar por actuar que hay que

analizar cada caso en particular para ofrecer la atención que realmente requiere. (C.C T-572/09, pp. 1-25, 2009).

5.5 Análisis de la sentencia T-946 DE 2014

Amaranta da a luz a Carlota y María gemelas y en ese momento Oliverio padre de las gemelas manifiesta no poder hacerse cargo de las menores, pues ambos están desempleados.

Amaranta es menor de edad y tiene un leve retardo mental y Oliverio manifiesta que no tener familia que los pueda ayudar; razón por la cual El ICBF consideró que las niñas se encuentran en situación de vulnerabilidad y comienza un proceso de restablecimiento de derechos el cual culmina con la declaración de adoptabilidad de las gemelas, a pesar que los padres solicitan le sean entregadas sus hijas.

Mientras el Juzgado de familia decidía la demanda de adopción el padre biológico de las gemelas denuncia irregularidades en el trámite alegando que no recibió la orientación e información suficiente y que el ICBF tampoco agotó todas las posibilidades antes de decidir entregarlas en adopción, razón por la cual el proceso de adopción de las gemelas queda en suspenso y después de la intervención del defensor familia las gemelas fueron entregadas a sus padres biológicos y se inició nuevamente el proceso.

La Corte Constitucional en la revisión del caso indica que para que el Estado cumpla realmente con el deber de proteger los derechos fundamentales en este caso los derechos

de Carlota y Amaranta debe tomar medidas claro que sí, pero estas deben cumplir unos estándares de justificación, razonabilidad y proporcionalidad aplicables al caso concreto.

La jurisprudencia constitucional cita ciertos elementos que se deben considerar a la hora de tomar alguna decisión, habida cuenta que se trata de procesos técnicos e interdisciplinarios complejos dichos criterios son:

Estar precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, es decir que cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos mencionados en la sentencia (C.C T-946/14, pp. 1- 46, 2014)..

- Deben responder a una lógica de graduación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas.
- Sujetarse al principio de proporcionalidad;
- Se deben adoptar por un término razonable.
- Cuando haya separación del niño de su familia, estas medidas deben ser excepcionales, temporales y basarse en evidencia de que la familia no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar.
- Deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño.
- No pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia.

- En ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño.

De lo dicho anteriormente puede concluirse que cuando se van a decretar medidas de restablecimiento de derechos de los niños estas deben estar en consonancia con la Constitución y la norma sustancial aplicable al asunto, aplicando siempre criterios de conducencia y conveniencia.

Vale la pena resaltar que, de las sentencias que analizamos las principales causas para que las familias hayan perdido el cuidado parental tienen que ver con:

- 1) Dificultad de los cuidadores para manejar situaciones especiales de los NNAJ.
- 2) Condiciones socioeconómicas complejas;
- 3) Falta de acompañamiento a la familia;
- 4) Dificultades en la comunicación familiar;
- 5) Falta de orientación para tratar de solucionar algunas situaciones particulares por circunstancias de vulnerabilidad y
- 6) Naturalización de algunas formas de violencia y maltrato hacia los NNA por parte de sus padres y/o cuidadores (C.C T-946/14, pp. 1- 46, 2014).

5.6 Análisis del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Para discernir lo que la Convención sobre los Derechos de los Niños quiere que el Estado parte, entienda y ponga en práctica, a continuación, analizaremos el alcance normativo de este artículo.

1. “Los Estados Partes garantizarán”. Esta prerrogativa exige el compromiso y la obligación de generar espacios y condiciones necesarias para recibir las opiniones y preocupaciones de los niños, niñas y adolescentes, y no solo eso, sino también el deber de tenerlas en cuenta a la hora tomar decisiones.

2. “*Al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio*”. Es un llamado de atención a los Estados a valorar las opiniones de los niños incluso si no pueden realizarla de manera verbal, quedando obligados a formar y capacitar a sus funcionarios en las diversas formas de comunicación e interpretación de sus gustos y opiniones expresados en dibujos, gustos alimenticios y estados de ánimo de los niños incluso con algún tipo de discapacidad.

3. “*El derecho de expresar su opinión libremente*”. Este derecho faculta al niño tanto para expresarse como a quedarse callado. Es decir que le da la opción al niño de expresar sus decisiones o por el contrario a quedarse callado sin que sea presionado o manipulado.

4. “*En todos los asuntos que afectan al niño*”. Esta concesión hace referencia a que cada caso particular debe ser analizado individualmente y por tanto no se puede realizar un listado de situaciones fácticas en las cuales deba participar el niño, niña o adolescente, pues

lo que puede afectar a un menor para otro puede no significar nada, de tal manera que un análisis particular determina la afectación y la posible intervención.

5. *“Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*. Es un llamado a los operadores jurídicos y administrativos de los Estados parte, a analizar la forma como el niño enfrenta ciertas situaciones y el grado de afectación que puede causarle de acuerdo con su edad y madurez, al respecto La Observación General No.12, del Comité de Derechos de los Niños al respecto se pronunció: (numeral 29)

(...) que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante examen caso por caso (p.11).

De acuerdo con esta interpretación, no se puede decir que la madurez del niño dependa de su edad biológica, ya que hay situaciones en su entorno familiar, social o cultural que influyen de manera importante en el comportamiento y madurez de los niños.

Se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.

Para los Estados parte escuchar a los niños dentro de procesos judiciales o administrativos es de obligatorio cumplimiento, y su inobservancia genera vulneración al debido proceso.

7. Al niño debe dársele la oportunidad de expresar su opinión “*directamente o por medio de un representante o de órgano apropiado*”. Indica que el niño puede escoger la forma de expresar su opinión, sin embargo, se aconseja obtener su opinión de forma directa y en el caso que el proceso sea en contra de los padres, se le deberá nombrar un representante.

8. “*En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”. Esto quiere decir que el aparato jurisdiccional de los Estados parte se deben articular para garantizar el disfrute de estos derechos en todo aspecto, proporcionando mecanismos idóneos para una completa aplicación no solo a nivel nacional sino también internacional.

Analizando cada aspecto de estos artículos se puede concluir que es una obligación de los Estados que firmaron dicha convención aplicarla a su normativa interna para los procesos donde se afecte de alguna manera el ambiente de los niños y por tanto es su deber propiciar los espacios y capacitar los operadores jurídicos y administrativos para afrontar los retos que se imponen no solo en aspectos de capacitación para interpretar la comunicación de los niños sino también para poder ponderar y aplicar estas opiniones en beneficio del bien superior de los niños dentro de los procesos administrativos.

Capítulo 6

6.1 Conclusiones y recomendaciones

Según el primer boletín de pobreza y primera infancia en Colombia, de cero a siempre Colombia tiene una población de 49 millones de habitantes aproximadamente, de los cuales el 44% son niños, niñas, adolescentes y jóvenes (21 millones aprox.) y de estos, 4 millones se encuentran en la primera infancia (0 a 5 años). Colombia es el segundo

país más desigual e inequitativo de Latinoamérica con un coeficiente de Gini de 0.53, y el séptimo a nivel mundial según el Banco Mundial. Según datos de Departamento Administrativo de Estadística (DANE 2017). La pobreza monetaria fue del 26.9%, la pobreza extrema fue del 7.4 en el total nacional, y la pobreza multidimensional fue del 17%.

Respecto a cifras de pobreza infantil en Colombia, según el informe de la Cepal y Unicef de 2010 para la región, el 38,5 de niñas y adolescentes se encontraban en situación de pobreza porque tenían al menos una insatisfacción moderada de sus derechos, y el 15,6 alcanzaba la situación de pobreza extrema porque presentaba alguna privación grave, así mismo señala que por cada adulto pobre en Colombia hay 2 niños y niñas pobres, y por cada 2 adultos indigentes, hay 3 niños y niñas en similar situación.

Adicionalmente, niñas, niños y adolescentes también son víctimas de múltiples tipos de violencia y maltrato físico y emocional, éstos según el informe Análisis de la situación de la infancia y la adolescencia en Colombia (2010-2014) de UNICEF, se presentan especialmente en los entornos más cercanos como la familia y la escuela. Según datos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF2016), durante el 2015 se registraron 77.182 casos de violencia intrafamiliar en el país, de los cuales 10.082 correspondieron a casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes; en el 90% de los casos los agresores son parientes de los niños, niñas y adolescentes que conviven en la misma residencia, padres (29,92%), madres (28,19%), y 42% otros familiares como padrastro, tíos, tías, hermanos u otros familiares).

El Instituto señaló además que para 2016 se registraron en el país más de 1,500 homicidios de niños, niñas, adolescentes y jóvenes (0 a 19 años de edad) y se realizaron 18,403 valoraciones por presunto delito sexual a niños, niñas y adolescentes entre los 0 y los 17 años, siendo el 84% de las víctimas niñas y 16% niños.

Las vulneraciones y abusos perpetrados por la familia pueden originar la apertura de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), que entre otras medidas puede derivarse en la pérdida del cuidado familiar. Según el ICBF para el año 2016, 114,894 niños, niñas y adolescentes fueron atendidos, de los cuales el 43% (49,610) fueron separados de sus familias y derivados a instituciones de protección.

Aquí debemos recordar que las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de las Naciones Unidas (DMAC) establece que “la opción de alejar a un niño/niña del seno de su familia debe utilizarse como último recurso” y que “al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos.

La familia es el primer entorno de socialización, educación y formación de vínculos afectivos para el ser humano, sin embargo, un número importante de ellas enfrentan circunstancias estructurales y de inequidad en el desarrollo, que disminuyen sus capacidades para el cuidado y protección integral de sus hijos/as, arriesgando su estabilidad o convirtiéndose en el espacio donde más se vulneran sus derechos.

Teniendo en cuenta los efectos negativos de la separación familiar y la institucionalización de niños y niñas, y reconociendo que las familias también tienen un capital para desarrollar y están en la capacidad de gestionar su propio desarrollo y transformar aquellas prácticas que llevaron a la pérdida del cuidado familiar, esta investigación intenta demostrar que existen falencias en la ley, al no contemplar de manera clara y expresa nuevas metodologías de abordaje para proteger y prevenir la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La apuesta de nuevas metodologías de acompañamiento familiar, que permitieran fortalecer las capacidades de protección y cuidado de las familias que perdieron el cuidado de sus hijos/as, con el fin de promover procesos de reintegro de los niños, niñas y adolescentes a sus familias de origen.

Nuestro punto eje en el trabajo es reconocer a las familias como sujetos colectivos de derechos que deben también ser protegidas, acompañadas y fortalecidas, que esperamos que logren desempeñar adecuadamente su rol de cuidado y protección de niñas, niños y adolescentes, quienes a su vez deben ser fortalecidos como ciudadanos.

Sin embargo, actualmente en Colombia no existe ningún programa, lineamiento o política pública que promueva procesos de acompañamiento a las familias de origen para que puedan transformar las prácticas y situaciones que llevaron a la pérdida del cuidado de su hijos/as y promover así procesos de reintegro familiar, pese a que la Convención de los Derechos de los Niños determina en el Art. 18, párrafo 2, que:

los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán

por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
(Convención de los Derechos de los Niños determina en el Art. 18, par 2)

Un modelo concreto de acompañamiento a Familias y Comunidades que responde al propósito de acompañar niños, niñas y a sus familias para que sean un entorno protector, desde el reconocimiento de las potencialidades, la garantía de derechos, y en la defensa de la familia como un derecho fundamental, propósitos que continúan vigentes a las demandas actuales de la sociedad colombiana.

Esto propuesta deberá contener los marcos, los enfoques de trabajo y los procesos clave que deben hacer parte del acompañamiento para asegurar la implementación de acciones que responden a los propósitos de desarrollo y fortalecimiento, que no se limita a la implementación de una serie de acciones estandarizadas o aleatorias, (como creemos se lee la ruta de restablecimiento) sino que este realmente en la capacidad de responder de manera pertinente a cada una de las situaciones familiares y comunitarias, mediante una metodología específica, desde una perspectiva de Desarrollo Familiar y diferencial, desde unos enfoques de Capacidades y Desarrollo Humano que permiten la interpretación y comprensión sistemática de las realidades familiares y, así mismo darle una mirada renovadora y crítica al rol que debe ejercer el o los profesionales que acompañen a los niños, niñas y sus familias.

Desde nuestra experiencia como profesionales del derecho y de las ciencias sociales, hemos identificado que las familias, especialmente aquellas que viven en condiciones socioeconómicas complejas, buscan apoyos en los servicios del Estado y de organizaciones sociales.

Generalmente buscan orientación en aquellos sitios donde son actualmente atendidos los niños, niñas y adolescentes, como son los Centros de Desarrollo Infantil, Jardines Sociales, Hogares Comunitarios, y Colegios públicos o privados. Sin embargo, estos servicios no pueden ofrecer el apoyo requerido por las familias. En otros casos, aunque conocen los servicios de las Comisarías /Defensorías de Familia, únicamente recurren a éstos cuando se hace necesario presentar una denuncia.

Pero muchas veces las familias no requieren o no quieren denunciar, solo buscan orientación para tratar de solucionar algunas situaciones particulares por circunstancias de vulnerabilidad, encontrando una carencia de apoyos en la solución de sus problemáticas cotidianas, las cuales en algunas ocasiones terminan en la inobservancia y vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En dichos espacios, las familias expresan sus requerimientos como una necesidad puntual; pero no logran acceder a un apoyo concreto puesto que los servicios de infancia, adolescencia o juventud, generalmente se concentran en la atención directa a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, y no a sus familias.

Otras familias, sin embargo, no acuden directamente a buscar apoyo, pero sí puede identificarse fácilmente la necesidad del mismo, ya que en los servicios a los que acceden sus hijos e hijas se evidencia que las condiciones de desarrollo de ellos y ellas no son adecuadas, y en consecuencia se hace necesario realizar un trabajo con sus padres, madres o cuidadores para prevenir vulneraciones.

Desafortunadamente, cuando ya el sistema de protección evidencia en la familia una situación de vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ésta se verá

abocada a enfrentar un momento muy complejo de intervención administrativa (proceso de restablecimiento de derechos), que puede culminar con una medida de pérdida del cuidado parental, o con el requerimiento de asumir una serie de cambios estructurales que posibilite un reintegro de los niños, niñas y adolescentes.

Para esto, se hará necesario un proceso de preparación y fortalecimiento de la familia que transforme las condiciones que llevaron a la vulneración de los derechos, proceso para el cual, según hemos dicho anteriormente, se dispone de escasos recursos a nivel nacional, especialmente desde una mirada de acompañamiento, desarrollo y fortalecimiento integral de las familias.

Trabajar acertadamente y oportunamente con las familias es crucial puesto que sabemos que en el marco del sistema de protección nacional un importante porcentaje de las separaciones familiares son prevenibles. Incluso muchas de las separaciones familiares, desafortunadamente, están asociadas a la situación de pobreza económica y social, cuando sabemos que las Directrices de Cuidado Alternativo han alertado sobre la imposibilidad de que esta sea una causal válida, y que la institucionalización de niñas, niños y adolescentes despersonaliza el cuidado y el afecto, impactando entre otros aspectos el desarrollo de la identidad y el sentido de pertenencia, fundamentales para la estructuración psicológica, emocional y afectiva de todo individuo.

El proceso de reflexión nos permite creer que el acompañamiento familiar en casos de pérdida del cuidado parental y promoción del reintegro debía estructurarse sistemáticamente y responder a una propuesta particular por parte de organizaciones de protección que trabajan con las normas, políticas, y lineamientos que interpone el sistema

nacional de bienestar familiar cuyo centro está en la promoción y defensa del derecho a crecer con una familia.

Esto incluye el derecho a no ser separados de ella, y a no crecer en un entorno de institucionalización, teniendo en cuenta que nos movemos en un entorno de política pública al que aún le queda mucho camino por recorrer en cuanto a la protección infantil, en donde centrarse en la familia como sujeto de derechos y no primariamente en el niño, niña y adolescentes como víctimas, se postule como una estrategia de carácter estructural.

En ese marco la propuesta de creemos más conveniente es apostarle a la prevención de la pérdida del cuidado parental, plasmado desde la ley colombiana, y que debe ser contemplada antes de que los niños, niñas o adolescentes lleguen a un proceso de restablecimiento de derechos, con el objetivo de que los procesos respondan a una lectura y análisis claro de la realidad local, a una mirada sistémica sobre la realidad familiar, al reconocimiento de las familias como sujetos colectivos de derechos.

Lista de Referencias

- Avance Jurídico. (16 de 05 de 2018). Disposiciones analizadas por Avance Jurídico. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/f_st836_14.htm
- Boletín 1, Pobreza y primera infancia en Colombia. Programa Cero a Siempre, marzo de 2013. Páginas 22 a 23.
- Cancillería. (9 de 05 de 2018). Obtenido de <http://www.cancilleria.gov.co/>
- Comision interamericana de derechos humanos. (s.f.).
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99s-pan/De%20Fondo/Peru11182.html>.
 Obtenido de COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs República Bolivariana de Venezuela.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99s-pan/De%20Fondo/Peru11182.html>:
 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Reinaldo Figueredo Planchart Vs República Bolivariana de Venezuela.
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99s-pan/De%20Fondo/Peru11182.html>
- Convenio FRB-OIM NAJ 683 – NAJ 661 de 2012, rutas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y medidas de protección, consultado en <https://www.alianzaporlaninez.org.co/wp-content/uploads/2013/05/MEG.ULTIMODIC272013.DOCUMENTO-RUTAS-DEL-PARD-Y-MEDIDAS.pdf>
- Convención sobre los Derechos del Niño. El marco de los derechos humanos, consultado en https://www.unicef.org/spanish/crc/index_framework.html
- Comisión interamericana de derechos humanos, Caso Reinaldo, Figueredo Planchart Vs República Bolivariana de Venezuela, consultada en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99s-pan/De%20Fondo/Peru11182.html>
- Duque, Y., Morales, J., Orjuela, J., & Rodriguez, A. (Octubre de 2015). Recuperado el 9 de Junio de 2018, de <http://repository.cinde.org.co/bitstream/handle/20.500.11907/1579/DuqueRodrigu>

ezMoralesHortuaPuentesOrjuelaRodriguezFernandez2015.pdf?sequence=1&isAll
owed=y

El derecho de los niños. Tesis 61 - El Derecho de los niños en las diferentes
organizaciones internacionales consultado en

<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-61.pdf>

Galbán, J., Cely, L., Vasquez, A., & Torres, S. (Febrero de 2016). Recuperado el 9 de
Junio de 2018, consultado en

file:///C:/Users/lizeth.ramos/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Cont
ent.Outlook/9LMOPEUZ/Lineamiento%20Ruta%20de%20ATR.pdf

Historia de los Derechos del Niño, consultada en

<https://www.humanium.org/es/historia/>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (9 de Junio de 2018). www.icbf.gov.co.

Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/>

Jurisprudencia, consultada en <https://www.economiasimple.net/glosario/jurisprudencia>

Unicef Colombia. (9 de Junio de 2018). *¿Cómo están las niñas y los niños en Colombia?*
. Obtenido de <https://unicef.org.co/situacion-de-infancia>

Cancillería. (9 de 05 de 2018). Obtenido de <http://www.cancilleria.gov.co/>

Corte Constitucional República de Colombia. (2011). *LEGITIMACION EN LA CAUSA
POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA*. Obtenido
de Sentencia T-844/11 : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>

Duque, Y., Morales, J., Orjuela, J., & Rodriguez, A. (Octubre de 2015). Recuperado el 9
de 6 de 2018, de

[http://repository.cinde.org.co/bitstream/handle/20.500.11907/1579/DuqueRodrigu
ezMoralesHortuaPuentesOrjuelaRodriguezFernandez2015.pdf?sequence=1&isAll
owed=y](http://repository.cinde.org.co/bitstream/handle/20.500.11907/1579/DuqueRodriguezMoralesHortuaPuentesOrjuelaRodriguezFernandez2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Galbán, J., Cely, L., Vasquez, A., & Torres, S. (Febrero de 2016). Recuperado el 9 de 6
de 2018, de

file:///C:/Users/lizeth.ramos/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/Cont
ent.Outlook/9LMOPEUZ/Lineamiento%20Ruta%20de%20ATR.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (9 de Mayo de 2018). www.icbf.gov.co.

Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/>

Ley 1098. (8 de NOVIEMBRE de 2006). Diario Oficial No. 46.446 . BOGOTA, COLOMBIA.

Ley 7 PROTECCION DE LA NIÑEZ. (ENERO de 24 de 1979). DIARIO OFICIAL. BOGOTA, COLOMBIA.

Ley 83 DE 1946 DE LA DEFENSA DEL NIÑO. (26 de DICIEMBRE de 1946). Diario Oficial No. 26.363. BOGOTA, COLOMBIA

Ley 1098 de 2006, Codigo de infancia y adolescencia, republica de Colombia.

Naciones unidas, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, convención sobre los derechos del niño, consultada en

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Otálora, V. (05 de 02 de 2017). *La universidad La Gran Colombia*. Obtenido de la UGC: unicef. (mayo de 2015). *CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*. MADRID. Obtenido de comunicacion.

Obtenido de <https://unicef.org.co/situacion-de-infancia>

Unicef Colombia. (9 de 6 de 2018). *¿Cómo están las niñas y los niños en Colombia?* .

Zeballos, L. C. (2011). *Derechos del Niño*.

10 derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes

https://www.unicef.org/ecuador/booklet_derechos_bis.pdf