

Segunda parte

Intervenciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia ante la Corte Constitucional



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
julio-diciembre, 2023

EXPEDIENTE D0015181. CONCEPTO JURÍDICO
DE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE
JURISPRUDENCIA A LA CORTE CONSTITUCIONAL
EN LA REVISIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LOS ARTÍCULOS
100 Y 108 (PARCIALES) DE LA LEY 1098 DE 2006
“POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO DE LA INFANCIA
Y LA ADOLESCENCIA”

Bogotá, D.C., marzo 30 de 2023

Señores
CORTE CONSTITUCIONAL
H. Magistrada (s) Diana Fajardo Rivera
Atn, doctora MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria3@corteconstitucional.gov.co
E. S. D.

Referencia: EXPEDIENTE 0015181

Yadira Elena Alarcón Palacio
Académica correspondiente ponente

Honorable Magistrada:

Con el mayor gusto procedo a presentar, por su intermedio, a la Corte Constitucional el concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, relacionado con el tema de la referencia.

Respecto de las peticiones formuladas en la demanda

Que el actor presenta como único cargo la presunta violación del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (arts. 4, 93 y 94, CP), por cuanto estima que se desconoce el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento interno por la Ley 12 de 1991, particularmente, la obligación del Estado colombiano de contemplar la “reserva de revisión judicial” cuando los niños son separados de sus padres contra la voluntad de estos.

Que el actor, a partir de ello, solicita que la expresión “si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión, el Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición” contenida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, sea declarada exequible bajo el entendido de “que los comisarios y defensores de familia deben remitir el expediente PARD al juez competente, cuando la medida de restablecimiento de derechos comporte la separación del menor de su familia de origen”.

Que también pide que las expresiones “habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código” y “en los demás casos”, contenidas en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, sean declaradas inexecutable, por cuanto permiten la firmeza automática de la decisión administrativa de adoptabilidad, aun cuando el niño haya sido previamente retirado de su medio familiar de origen, en virtud de una decisión unilateral decretada y practicada por una autoridad administrativa en materia de familia y en contra de la voluntad de los padres.

En este orden de ideas, presentaremos nuestra intervención en tres apartados, abordando en primer lugar lo concerniente al bloque de constitucionalidad en materia de Derechos de la Infancia y la Adolescencia; en segundo lugar, nos pronunciaremos sobre el ataque de inconstitucionalidad de las expresiones demandadas del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, y en tercer lugar, sentaremos postura sobre la solicitud de inexecutable de las partes demandadas del

artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018. Por último, presentaremos un resumen de nuestras solicitudes a manera de conclusión.

Bloque de constitucionalidad en materia de derechos de la infancia y la adolescencia¹

El Código de la Infancia y la Adolescencia, en adelante CIA, hace mención explícita en su objeto a la incorporación del bloque de constitucionalidad², entendido como “el conjunto de normas que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento”.³

Desde esta adaptación que el sistema constitucional diseñó para el Derecho de la Infancia y la Adolescencia, el artículo 2 dispone que el Código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política⁴ y en las leyes, así como

¹ En este apartado se traen algunas de las ideas desarrolladas en un trabajo de nuestra autoría, en una adaptación en lo pertinente, y se le realiza una actualización con jurisprudencia reciente. Para una revisión completa del texto, Cfr. Yadira ALARCÓN-PALACIO, “Constitucionalismo y garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia”, *Vniversitas*, 60(122): 363-94.

² Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>.

³ Sergio Iván ESTRADA-VÉLEZ, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad* (Medellín: Universidad de Medellín, 2005).

⁴ El concepto de bloque de constitucionalidad ha sido desarrollado en Colombia, entre otras, por la siguiente jurisprudencia: Corte Constitucional, Sentencias C-295/93, C-337/93, C-179/94, C-225/95, C-578/95, C-600/95, C-327/97, C-358/97, C-191/98, C-400/98, C-1022/99, C-010/00, C-1490/00, C-567/00, C-053/01, C-200/02, C-392/02, T-402/92, T-542/92, T-270/97, T-287/97, T-662/97, T-568/99, T-256/00, T-601/01, T-1319/01, T-268/03, T-419/03, T-512/03, T-955/03, T-034/04 y T-891/04.

Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo-Mesa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-337-93.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 13 de abril de 1994, M.P. Carlos Gaviria-Díaz. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/material/teoria_general_sociedades_comerciales/corte_constitucional/Sentencia%20C%20179-94.pdf.

Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>.

su restablecimiento. Y agrega que esa garantía y protección serán obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 29 de julio de 1993, M. P. Carlos Gaviria-Díaz. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17397>.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 4 de diciembre de 1995, M. P. Jaime Córdoba-Triviño. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1995/c-578_1995.html.

Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 11 de diciembre de 1995, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2332>.

Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 10 de julio de 1997, M. P. Fabio Morón-Díaz. http://www.dmsjuridica.com/codigos/codigos/cod_procedimiento_penal/sentencias/c-327-97.rtf.

Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes-Muñoz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 6 de mayo de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes-Muñoz. <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/C-191-98.rtf>.

Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 10 de agosto de 1998, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-400-98.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-1022 de 16 de diciembre de 1999, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1999/c-1022_2099.html.

Corte Constitucional, Sentencia C-010/00, 19 de enero de 2000, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-567 de 17 de mayo de 2000, M. P. Alfredo Beltrán-Sierra. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-567-00.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-1490 de 2 de noviembre de 2000, M. P. Fabio Morón-Díaz. http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/CORTE_CONSTITUCIONAL/docs/sentencias_2000.htm.

Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 24 de enero de 2001, M. P. Cristina Pardo-Schlesinger. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2001/c-053_2001.html.

Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 19 de marzo de 2002, M. P. Álvaro Tafur-Galvis. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-200-02.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 22 de mayo de 2002, M. P. Álvaro Tafur-Galvis. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-392-02.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-402 de 3 de junio de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes-Muñoz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-402-92.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-542 de 25 de septiembre de 1992, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-542-92.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-270 de 29 de mayo de 1997, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-270-97.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-287 de 13 de junio de 1997, M. P. José Gregorio Hernández-Galindo. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-287-97.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-662 de 9 de diciembre de 1997, M. P. Alejandro Martínez-Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-662-97.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999, M. P. Carlos Gaviria-Díaz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>.

La aplicabilidad del bloque de Constitucionalidad se ve reforzada por la naturaleza de las normas del CIA, pues el artículo 5 señala que las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este Código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

También sujeta al marco de tratados y convenios internacionales las reglas de interpretación y aplicación. El artículo 6 señala que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia –en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño– harán parte integral de este Código y servirán de guía para su interpretación y aplicación. Y cierra al subrayar que, en todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, la niña o el adolescente.⁵

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-061 de 2008, al fijar la constitucionalidad del artículo 48 del CIA, establece la imperatividad de la protección del menor. La Corte señaló: “Bajo el entendido de que el artículo 44 constitucional establece el deber de la familia, de la sociedad y

Corte Constitucional, Sentencia T-256 de 6 de marzo de 2000, M. P. José Gregorio Hernández-Galindo. <http://www.defensoria.org.co/ojc/sentencias/T-256-00.rtf>.

Corte Constitucional, Sentencia T-601 de 7 de junio de 2001, M. P. Clara Inés Vargas-Hernández. <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-601-01.rtf>.

Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny-Yepes. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1319-01.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 27 de marzo de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy-Cabra. <http://www.sututela.com/jurisprudencia/sentencia-de-tutela-t268-de-2003-t-268-03>.

Corte Constitucional, Sentencia T-419 de 22 de mayo de 2003, M. P. Alfredo Beltrán-Sierra. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-419-03.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-512 de 19 de junio de 2003, M. P. Eduardo Montealegre-Lynett. <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-512-03.rtf>.

Corte Constitucional, Sentencia T-955 de 17 de octubre de 2003, M. P. Álvaro Tafur-Galvis. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-955-03.htm>.

Corte Constitucional, Sentencia T-034 de 22 de enero de 2004, M. P. Jaime Córdoba-Triviño. www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2004/T-034-04.rtf. Corte Constitucional, Sentencia T-891 de 15 de septiembre de 2004, M. P. Jaime Araújo-Rentería. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-891-04.htm>.

⁵ ALARCÓN-PALACIO, “Constitucionalismo y garantismo en los derechos...”, 376-378.

del Estado de adelantar acciones efectivas para proteger a los niños y hacer realidad los derechos fundamentales que la misma norma les reconoce”.⁶

De esta manera, la Corte Constitucional colombiana fijó por medio de su jurisprudencia la sistematización de los estándares normativos, nacionales e internacionales frente a los cuales se ha comprometido el Estado colombiano, en relación con el alcance y contenido de los principios de protección especial a la niñez y la promoción del interés superior y prevaleciente del niño.⁷

La Corte hace hincapié en que, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y en el artículo 44 de la Constitución Política colombiana de 1991, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y les da el grado de Derechos fundamentales.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas y adolescentes tienen un *estatus de sujetos de protección constitucional reforzada*, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. Esta idea se refuerza recientemente en la Sentencia SU-180 de 2022.⁸

Así las cosas, el máximo tribunal de lo constitucional decreta que esta protección es especial solo aplicable a la niñez, como ejecución de la preservación del interés superior del menor y/o adolescente en pro de asegurar su desarrollo integral.

Esta exigencia es consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia, e incorporados a la legislación interna.⁹

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-061 de 30 de enero de 2008, M. P. Nilson Pinilla-Pinilla. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-061-08.htm>.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 15 de julio de 2010, M. P. Juan Carlos Henao-Pérez. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-572-10.htm>.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-180 de 26 de mayo de 2022, M. P. Jorge Enrique Ibáñez-Najar. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU180-22.htm>.

⁹ Vía autorización de la Constitución (arts. 44, 9, 93, 94, 214-2), como autolimitación del constituyente primario.

En este sentido, la Corte Constitucional dirigió su interpretación a las llamadas “medidas de restablecimiento de Derechos”, las cuales en determinaciones de constitucionalidad “son el objetivo fidedigno de protección especial y reforzada de los niños, niñas o adolescentes a la luz de la Constitución de 1991”.

Conforme a ello, en la Sentencia T-572 de 2009¹⁰, se concreta, que la adopción de medidas de restablecimiento de derechos (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto, llegando hasta la adopción), necesariamente, son soportadas por labores de verificación encaminadas a determinar la existencia de una real situación de vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes ante un riesgo o peligro.

Así las cosas, la Corte determinó que en Colombia el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien están amparados en la Constitución, en especial en el artículo 44 Superior, son “mandatos de optimización”¹¹, frente a las autoridades administrativas competentes, en el entendido de que, para su realización, deben tener en cuenta, según la mencionada Sentencia:

1. La existencia de una lógica de ponderación entre cada una de ellas.
2. La proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada.
3. La solidez del material probatorio.
4. La duración de la medida, y
5. Las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas, en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

En pocas palabras, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, las autoridades administrativas deben ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra-Porto. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-572-09.htm>.

¹¹ En términos de Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).

implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, también ha dicho la Corte, puede acarrear un desconocimiento de aquellos.

Las medidas de restablecimiento de derechos propiamente dichas, adscritas al esquema constitucional anteriormente referenciado, se entienden como decisiones de naturaleza administrativa que decreta la autoridad competente, para garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De esta forma, estas pueden ser provisionales o definitivas, las cuales deberán estar en concordancia con el derecho amenazado o vulnerado, y garantizar, en primer término, el derecho del niño, la niña o el adolescente a permanecer en el medio familiar.¹²

Ataque de inconstitucionalidad de las expresiones demandadas del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018

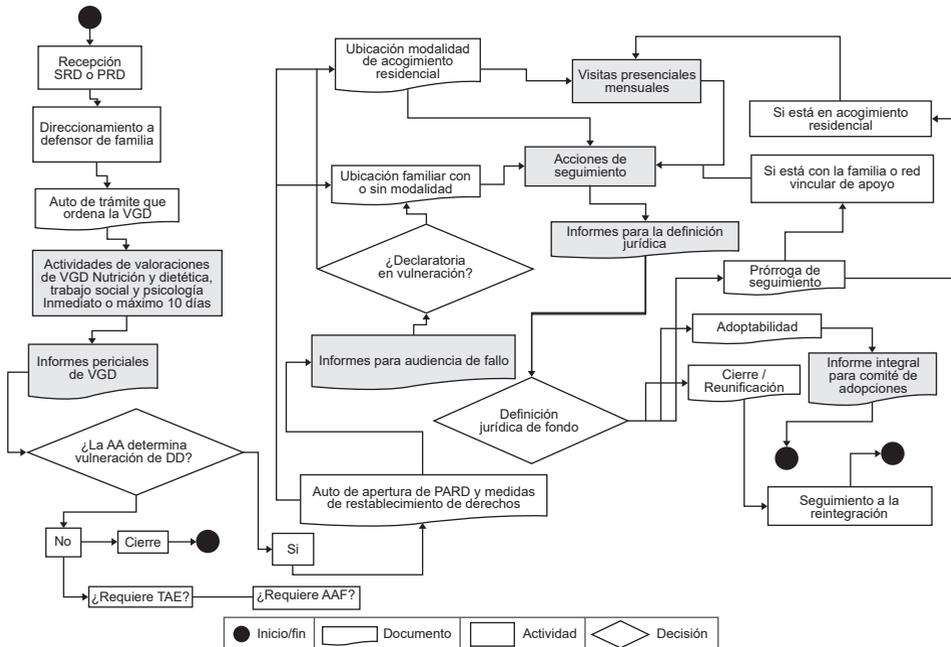
Si bien el actor, de manera deficiente, esboza los argumentos por los cuales considera que se incumplen las obligaciones internacionales del Estado, derivadas del artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que subyace en esta demanda de inconstitucionalidad es el establecer si las medidas –provisionales o definitivas– que adopta un defensor o defensora de familia, en el marco de sus actuaciones administrativas, deben ser sometidas a reserva de revisión judicial, en los casos de oposición a la misma, ya sea por parte de los progenitores, ya por el mismo menor, esto es, deben ser revisadas por el juez de familia, en los eventos en que las medidas adoptadas por la autoridad administrativa contemplen una separación del menor de edad de su medio familiar, para que con ello se pueda verificar si se cumple el interés superior de la persona afectada.

Para poder comprender el ataque de inconstitucionalidad del presente trámite, revisaremos el paso a paso al interior del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, acorde con los lineamientos técnicos

¹² ALARCÓN-PALACIO, “Constitucionalismo y garantismo en los derechos...”, 380-382.

del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)¹³, que es como se muestra en la siguiente gráfica.

Ruta general de referencia para los profesionales del ETI de las Defensorías de Familia



Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Guía de las acciones del equipo técnico interdisciplinario para el restablecimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes.

En este procedimiento existen dos momentos especiales –que no exclusivos– en los que es posible la toma de “Medidas de restablecimiento de derechos”; el primero de ellos es en el auto de apertura, artículo 99.2 del CIA, que permite tomar las “Medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia” que se requieran para la protección integral del niño, niña o adolescente, y en el segundo, es en el *fallo* respectivo. En el

¹³ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Procedimiento del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (2020). https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/p1.p_procedimiento_del_proceso_administrativo_de_restablecimiento_de_derechos_v3.pdf.

primer caso, el auto de apertura no admite recurso alguno; sin embargo, en él puede tomarse como medida de restablecimiento de derechos la separación del niño, niña o adolescente de su medio familiar, vulnerando el debido proceso al no proceder ni reposición ni mucho menos revisión judicial, en contravención con lo dispuesto en el derecho interno y en el derecho convencional colombiano, al ser vulneratorio de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño. En cuanto al segundo momento, el del fallo, si bien se establece la posibilidad normativa de interponer el recurso de reposición por parte de los progenitores, la norma no es clara en cuanto a cómo se ampara el derecho del niño, niña o adolescente de manifestar su conformidad o disconformidad con la decisión que le afecta, ya que la norma demandada solo hace referencia a la oposición de los progenitores, pero no del afectado. En este caso, a pesar de ser el Defensor de Familia el garante de los derechos de los niños, y al ser así mismo el director del Procedimiento Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), no podría representar al menor de edad en caso de oposición, y su disconformidad se queda sin que haya una vía clara y expedita que le permita generar la revisión por parte del juez de familia, en aras de constatar la protección de su interés superior.

Esta ausencia normativa, creemos que deja al descubierto un problema de protección de los derechos fundamentales del menor a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44 CP), al debido proceso (art. 29 CP), al acceso a la administración de justicia y a una tutela judicial efectiva (art. 229 CP).

En este sentido, nos pronunciamos a favor de la declaratoria de exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, pero condicionada a que se permita la revisión judicial de las actuaciones administrativas desde el auto de apertura (artículo 99,2) hasta el fallo, de aquellos casos en los se presente oposición por cualquiera de los progenitores, e incluso cuidadores –en atención a la declaratoria de igualdad respecto de las familias socioafectivas¹⁴– y del menor de edad mismo. La providencia

¹⁴ Cfr., entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC1947 de 30 de junio de 2022, M. P. Hilda González Neira. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/07/SC1947-2022-2015-00843-01-1.pdf>

judicial que resuelva dicha solicitud debe tener efecto devolutivo para no entorpecer la urgencia con la que se dictaminan tales medidas.

Postura sobre la solicitud de inexecutableidad de las partes demandadas del artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018

Para determinar el alcance de la pretendida inexecutableidad que da origen a esta demanda, es menester la revisión de los principios fundacionales del actual Derecho de la Infancia y la Adolescencia derivados de la interpretación constitucional en la Sentencia T- 844 de 2011, con la que la Corte Constitucional cuestiona el estado actual del procedimiento de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y coloca a la institución bajo la estricta vigilancia superior de la Procuraduría General de la Nación, que derivó finalmente en la expedición de la Ley 1878 de 2018, por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Para ello revisaremos el derecho de los menores de edad a ser escuchados, el derecho a la preservación de la unidad familiar, el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, y la presunción a favor de la familia biológica y el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

El derecho fundamental de los menores de dieciocho años a ser escuchados

Para el análisis que nos ocupa consideramos de relevancia plena traer a colación que, en el importante fallo, la Corte Constitucional se detiene en el alcance que debe dársele al derecho de los niños a ser escuchados. Se recuerda en el fallo que el Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12, acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, realizó el análisis del mismo estableciendo que esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; que este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías; que respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes

deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación, y que se debe partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. Además de que no existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, y que la edad en sí misma no determina la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. Por tanto, se determina que la opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten, cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo. Y así también, como se destaca en el fallo, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 26, reconoce el derecho al debido proceso en los siguientes términos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

El derecho a la preservación de la unidad familiar

La Corte determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva *iusfundamental* del derecho genera, para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, por otra parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes, en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones, pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación, y debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas.

El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y la presunción a favor de la familia biológica

La Corte destaca, como uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalentes del que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política. Además, resalta que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, CP); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, CP), y la protección de la intimidad familiar (art. 15, CP). Sin dejar de lado que este marco no es solo nacional, sino que, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos, especialmente del artículo 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que es objeto de análisis en el presente trámite.

De todo ello, la Corte deriva la regla de la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente, pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que esta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico.

Otro de los argumentos que sustentan la presunción a favor de la familia biológica es la regla según la cual un niño recién nacido forma parte de la familia biológica, cualquiera que sea la configuración de tal grupo familiar, *ipso facto* y por el mero hecho de su nacimiento, lo cual le hace titular del derecho a recibir protección por parte de dicha familia. Esta regla, según menciona la Corte, ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros, en el caso de Keegan vs. Irlanda, en el que, mediante Sentencia del 19 de abril de 1994, declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción.

Y en esta prevalencia de la familia biológica, como se ha anotado, no deben incidir los problemas económicos por los que atraviesan los integrantes del grupo familiar. Ya, desde la Sentencia SU-225 de 1998, la Corte Constitucional viene sosteniendo que uno de los aspectos más importantes al considerar la viabilidad de medidas de intervención es que el argumento económico se deje de lado, esto es, que no pendan las medidas de intervención estatal de que las niñas o los niños podrán estar en mejores condiciones económicas.

Es, por tanto, función del equipo técnico interdisciplinario buscar de forma activa las redes familiares y vinculares (familia extensa) que surgen de la exploración e identificación de la estructura familiar y el tipo de relaciones, e informar al defensor de familia para su vinculación al proceso administrativo de restablecimiento de derechos, determinando los datos básicos de ubicación y contacto. Todo ello para garantizar su participación como posible red de apoyo al restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente. Tal equipo también debe conceptuar, con base en las pruebas recaudadas, la idoneidad física, mental, moral y social de la persona o personas postuladas para asumir la custodia o cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes. Lo que parece discutible es que esa posibilidad de ubicación del niño en medio familiar deba procurarse en parientes hasta el sexto grado de consanguinidad, conforme a una norma antigua que rige desde la codificación (art. 61 CC) y que no responde a las distintas restricciones de derechos en la familia colateral actuales, que se limitan hasta el tercer grado, incluyendo la adopción por consentimiento respecto de adoptante determinado.

El principio del interés superior de los menores de dieciocho años

La Corte aprovecha la tutela para insistir en los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años. Dentro de los cuales se señalan:

- (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización

efectiva de sus derechos fundamentales y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley, sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalearan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.

Tomando como base los apartados desarrollados de la Sentencia T-844 de 2011, procedemos a solicitar la inexecutable de las partes demandadas del artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, en las expresiones demandadas del primer párrafo del artículo aludido.

En cuanto al *segundo párrafo*, solicitamos la *inexecutable de la parte* y “en los demás casos” contenidas en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, por cuanto permiten la firmeza automática de la decisión administrativa de adoptabilidad, aun cuando el niño haya sido previamente retirado de su medio familiar de origen en virtud de una decisión unilateral decretada y practicada por una autoridad administrativa en materia de familia y en contra de la voluntad de los padres, con el añadido de que también puede ser en contra de la voluntad del propio hijo, cuyo derecho a ser escuchado deberá confirmarse en el trámite de homologación y, de no haber sido tenido en cuenta, deberá esta ser negada aplicando el procedimiento respectivo, todo en aras de la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente.

Conclusión

De conformidad con todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que la Honorable Magistrada Diana Fajardo Rivera admitió la demanda, al paso que se atiende al principio *pro actione*, nuestra solicitud, basada en los argu-

mentos expuestos, especialmente los relativos a los principios y derechos aplicables, se resume de la siguiente manera:

1. Declarar la ***exequibilidad condicionada*** contenida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018 de la expresión “si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. El Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición”, en el entendido de que todas las medidas provisionales o definitivas dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) que impliquen separación de los niños, niñas o adolescentes de sus padres o de su cuidadores o progenitores de crianza, siempre que medie oposición del menor de edad o de aquellos, debe ser sometida a revisión judicial, en efecto devolutivo.
2. Declarar la ***inexequibilidad*** del artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, en las expresiones “habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código”.

En cuanto al segundo párrafo, solicitamos la ***inexequibilidad*** de la parte y “en los demás casos” contenidas en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018, por cuanto permiten la firmeza automática de la decisión administrativa de adoptabilidad, aun cuando el niño haya sido previamente retirado de su medio familiar de origen en virtud de una decisión unilateral decretada y practicada por una autoridad administrativa en materia de familia y en contra de la voluntad de los padres, con el añadido de que también puede ser en contra de la voluntad del propio hijo, cuyo derecho a ser escuchado deberá confirmarse en el trámite de homologación y, de no haber sido tenido en cuenta, deberá esta ser negada aplicando el procedimiento respectivo, todo en aras de la correcta aplicación de interés superior del niño, niña o adolescente, en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

3. Exhortar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que ajuste los lineamientos técnicos del Procesos Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), conforme a Ley 1878 de 2018 y con el fin de esclarecer los momentos en los que se debe permitir la oposición a la medida que separe a los niños, niñas y adolescentes de sus progenitores, tanto por parte de los menores de edad, como de estos.

Con toda atención,

AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ
Presidente