

## **PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, LEY 1098 DE 2006<sup>1</sup>**

### **I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS**

El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos es un proceso de naturaleza compleja creado por la Ley de Infancia y Adolescencia como un instrumento para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante su inobservancia, amenaza o vulneración<sup>2</sup>.

Está concebido como un proceso especial, ágil y expedito, que sirve a los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales en todos los casos siempre prevalecerán frente a los de los adultos involucrados en el mismo asunto.

Dadas estas características el proceso adquiere matices que le son propios tanto en el ámbito sustancial como en el procesal, que resulta fundamental definir y tener claridad a la hora de abordar una propuesta que haga más eficiente el proceso, pues solo entendiendo los alcances y limitaciones podremos establecer rutas que sirvan a los propósitos para los que fue consagrado.

#### **1. Naturaleza del Proceso**

El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de los niños, niñas y adolescentes es un proceso que reúne principios comunes al derecho procesal general, unos especiales del derecho procesal civil y administrativo y unos propios derivados del sujeto de derecho que pretende amparar. Esta mezcla de principios y normas de diferentes regímenes procesales, hacen que la naturaleza del proceso de restablecimiento sea especialísima y sea necesario determinar qué derecho prevalece cuando se presenten lagunas o dificultades interpretativas.

Así, consideramos importante señalar en primer lugar, que si bien el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, se desarrolla ante una autoridad administrativa (Defensor de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía) y por lo tanto el factor de competencia definiría su naturaleza como un típico procedimiento administrativo, especial, que tiene particularidades establecidas por su propia norma de creación que hacen que su naturaleza no sea tan clara, a la luz de los principios del derecho administrativo.

---

<sup>1</sup> Las recomendaciones y rutas presentadas en este documento también son aplicables a los casos de prevención en el ámbito de la protección, esto es para casos de amenazas de vulneración de derechos, de los cuales se habla en el documento sobre prevención.

<sup>2</sup> Teniendo en cuenta que la inobservancia, se asimila a la existencia de una amenaza y/o vulneración, en éste documento únicamente se hará referencia a éstas dos situaciones.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en sus artículos 100 y siguientes, establece normas especiales para el trámite de dicho proceso, no obstante la mayoría de sus disposiciones se basan en remisiones a la ley procesal civil, lo cual hace aun más compleja la naturaleza del proceso, en la medida que tenemos un proceso de nombre “administrativo” que se rige por normas propias establecidas en su norma de creación y por normas del estatuto procesal civil.

En estas condiciones ¿Qué derecho prevalece? ¿El administrativo o el civil? La respuesta a este interrogante no es una cuestión simplemente retórica, pues de la misma se desencadenaran conclusiones muy diversas que llevaran al intérprete o mejor, a la autoridad competente por caminos diferentes, que pueden o no ser más beneficiosos al proceso y en ultimas al sujeto que se pretende proteger, esto es, el niño, la niña o el adolescente.

El de restablecimiento de derechos es evidentemente un proceso administrativo en la medida que tiene características propias de este, tales como: (i) la autoridad competente, que salvo el evento de pérdida de competencia, es una autoridad administrativa no judicial (Defensor de Familia, Comisario de Familia o Inspector de Policía), vinculada a una entidad de la rama ejecutiva sea en el nivel nacional o territorial; y (ii) los actos mediante los cuales se adoptan las decisiones son auténticos actos administrativos con fuerza ejecutoria, por medio de los que la administración se pronuncia de manera unilateral.

No obstante, su naturaleza administrativa este proceso tiene reglas propias que establece su norma de creación, que dicho sea de paso no es el Código Contencioso Administrativo y que además escapa a su influencia, dado que sus normas especiales distan mucho de los procesos administrativos y se acercan a los procesos jurisdiccionales de naturaleza civil, y en todo caso se remiten al estatuto procesal civil. Tal es el caso de las reglas sobre notificaciones, recursos, pruebas y audiencias.

Por lo anterior consideramos que pese a la naturaleza administrativa del proceso de restablecimiento de derechos, dadas sus normas especiales y la remisión constante que hace al Código de Procedimiento Civil, es un proceso que en lo no contemplado en el mismo debe seguir las pautas trazadas en dicho estatuto, no en el Código Contencioso Administrativo.

Esto tiene implicaciones profundas como por ejemplo si debe agotarse la vía gubernativa para que un acto administrativo adquiera firmeza y fuerza ejecutoria, y la respuesta en nuestro criterio es que dicho trámite no debe agotarse, pues el propio Código establece que los únicos recursos que proceden son los de reposición, homologación y revisión, los cuales una vez surtidos dejan en firme los actos adoptados por la autoridad competente y podrán ser demandados ante la

jurisdicción contenciosa administrativa en acción de nulidad simple o nulidad y restablecimiento de derechos.

## **2. Autoridades competentes**

Las autoridades competentes para el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de acuerdo con lo establecido en los artículos 96, 97 y 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia son los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, aclarando que la competencia de los Comisarios de Familia es subsidiaria, esto es, solo en caso de que en el municipio no haya Defensor de Familia será competente el Comisario y en ausencia de este último lo será el inspector de policía.

Este criterio de competencia funcional y territorial establecido por la norma nos da claridad sobre las actuaciones que se desarrollan en el curso de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos, en la medida que si bien todos los funcionarios tales como los miembros del equipo interdisciplinario, los coordinadores de los Centros Zonales y demás servidores del ICBF, que intervienen en estos son autoridades públicas en la medida que son agentes del Estado<sup>3</sup>, solo el Defensor de Familia en primera instancia y los Comisarios de Familia e inspectores de policía en ejercicio de la denominada competencia subsidiaria, son autoridad competente propiamente dicha.

Esta premisa tiene profundas implicaciones en el contexto del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, dado que como afirmaremos a lo largo del presente documento, si bien los demás funcionarios que intervienen en el proceso prestan apoyo y asesoría a los Defensores de Familia, solo estos por mandato legal son los rectores del mismo y solo a ellos atañen las actuaciones y decisiones que se deben tomar en su curso, por lo cual principios como el de intermediación de la prueba es fundamental y determinante para que el proceso se desarrolle válidamente y con todas las garantías procesales. Esto es igualmente aplicable para el caso de los Comisarios de Familia y los inspectores de policía cada cual en el marco de su competencia.

La anterior premisa que como dijimos es aplicable a los Comisarios de Familia, tiene una consecuencia adicional en el caso de la competencia de estos funcionarios, en la medida que si bien la misma es subsidiaria en los términos establecidos en el artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia, no está limitada sino a lo establecido en dicha norma, esto es, a la declaratoria de adoptabilidad, cuyo decreto corresponde exclusivamente al Defensor de Familia, pero en los demás aspectos propios del proceso, su competencia es equivalente a

---

<sup>3</sup> La Corte Constitucional ha manifestado que el concepto de autoridad pública incorpora a: “todas aquellas personas que están facultadas para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado”. Sentencia T-1057 de 2002.

la del Defensor, esto es, está facultado para adoptar todas las medidas y desarrollar todas las actuaciones propias del Proceso Administrativo, motivo por el cual no es de recibo la interpretación de algunos Comisarios de Familia para quienes en los eventos que en el municipio existan Defensores de Familia y Comisarios de Familia, el deber de los Comisarios en casos urgentes no se limita solamente a remitir al Defensor de Familia el caso sin la adopción de avocar conocimiento del mismo y adoptar medidas de restablecimiento de urgencia.

Esta práctica de los Comisarios de Familia es altamente perjudicial, pues cuando un caso llega a la Comisaria de Familia por ejemplo en días y horas no hábiles para los Defensores de Familia, el decreto 4840 de 2007, establece que lo atenderá y remitirá a la autoridad competente, y en aquellos que ameriten medidas provisionales, de emergencia, protección o restablecimiento de derechos, las adoptará de inmediato y remitirá el expediente a más tardar el día hábil siguiente, motivo por el cual el no avocar conocimiento del caso, implica su no atención y más grave aun la no adopción de medidas de restablecimiento provisionales urgentes cuando se requieran con la correspondiente verificación de la garantía de los derechos y apertura del proceso, genera dilaciones en el mismo y una vulneración adicional a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El Comisario de Familia entonces, en los casos que haya Defensor de Familia y Comisario de Familia en el mismo municipio tiene la obligación de avocar conocimiento, verificar los derechos, dar apertura al proceso administrativo de restablecimiento de derechos y adoptar las medidas de urgencia si a ello hay lugar, no podrá simplemente conformarse con remitir al día hábil siguiente un informe del caso o adoptar medidas de urgencia por fuera del marco del PARD.

## **II. APERTURA DEL PROCESO**

### **1. Verificación de la Garantía de Derechos y Auto de Apertura**

De acuerdo con el artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la verificación de la garantía de derechos procede en todos los casos y consiste en la verificación del estado de cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cuanto: (i) salud física y psicológica; (ii) estado de nutrición y vacunación; (iii) inscripción en el registro civil de nacimiento; (iv) ubicación de la familia de origen; (v) estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos; (vi) vinculación al sistema de salud y seguridad social; (vii) vinculación al sistema educativo.

Esta verificación de la garantía de derechos, no obstante la inicial claridad de la norma, ha suscitado diversas interpretaciones por parte de los operadores jurídicos que han llevado a que el proceso de restablecimiento se adelante de

diferentes maneras que no siempre están conforme con el espíritu de la norma ni el interés superior de los sujetos de derechos.

En la primera etapa del plan de trabajo correspondiente a los talleres realizados con las autoridades competentes y sus equipos interdisciplinarios, se evidenciaron puntos críticos relacionados con la verificación de la garantía de derechos en varias direcciones: la competencia para realizar la verificación, la obligatoriedad de la misma, y el momento en que debe hacerse dicha verificación en cuanto al proceso.

**En cuanto a la competencia para realizar la verificación**, el artículo 52 del Código establece que corresponde a la autoridad competente, que de acuerdo con los artículos 96 y ss., es el Defensor de Familia, Comisario de Familia e Inspector de Policía.

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.

De otra parte de acuerdo con lo encontrado en las visitas realizadas a las Regionales, los servidores públicos están convencidos que la verificación de la garantía de derechos corresponde en gran parte a las familias de los niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos, por lo cual, la carga de demostrar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos enumerados en el artículo 52, es trasladada a la familia, quien debe presentar los documentos que acrediten dicho cumplimiento so pena de no atención o de un concepto de verificación desfavorable que conlleve a una medida de restablecimiento incluso de separación del núcleo familiar.

Esta interpretación tan afianzada en las autoridades administrativas y sus equipos interdisciplinarios, es hoy una de las principales y más comunes causas de negación del servicio, al punto que no es extraño encontrar en los Centros Zonales documentos informativos dirigidos a los usuarios en los que se indica que si no llevan documentos tales como el registro civil de nacimiento, el certificado de

vacunación y de estudio y el carne de afiliación a la EPS, no serán atendidos y al pie se cita el artículo 52 como sustento de la negación de la atención.

Este requerimiento y la negación del servicio a los usuarios en caso de no cumplirlo, no solo es una práctica mezquina y que desconoce por completo la órbita funcional del servidor público, sino que es una violación flagrante del derecho de acceso a la justicia, dado que no es una exigencia del Código de la Infancia a los usuarios, pues por el contrario en todas las normas del Código se insiste que la actuación del Defensor de Familia respecto de los niños, niñas y adolescentes será aun de oficio, por lo cual no le es dable hacer exigencias que no establece la ley.

Adicionalmente esta práctica no afecta ni atañe únicamente a la familia renuente a cumplir el requerimiento del funcionario, sino al propio niño, niña o adolescente que puede estar siendo vulnerado en sus derechos, con lo cual aunado a la posible vulneración de alguno o varios de sus derechos, el funcionario competente genera una vulneración adicional.

**Cabe señalar que esta práctica no está relacionada con normas internas del ICBF que ordenen a la autoridad administrativa requerir a los usuarios los documentos como presupuesto de la atención, pues tanto en los lineamientos técnicos de 2007 (Resolución 911) y 2010, se ha indicado que la verificación corresponde a la autoridad competente, no obstante se ha vuelto doctrina de los Centros Zonales hacer el requerimiento con la consecuencia descrita.**

Esta práctica ha sido identificada de tiempo atrás por el ICBF y en el borrador de Guía para el Proceso de Restablecimiento de Derechos facilitado por la Dirección de Protección, se trata tangencialmente este tema cuando establece que *“La Autoridad Administrativa no podrá denegar el acceso a la justicia, pretextando ausencia de requisitos formales, sino que deberá realizar la verificación de la garantía de derechos vulnerados o amenazados e iniciar investigación de los hechos ante cualquier solicitud, información o denuncia (Art. 51 de la Ley 1098 de 2006)”*. Consideramos que esta disposición si bien está encaminada a eliminar todas las barreras de acceso de tipo formal a los servicios del Instituto y en esa medida cubre la mencionada práctica en la verificación de la garantía de derechos, no es suficiente para eliminarla por completo, toda vez que como dijimos se encuentra afincada en lo más profundo y desde tiempo atrás en los servidores públicos y es necesario prohibirla expresamente para lograr su abolición definitiva.

Recomendamos para la solución de este punto crítico, incluir en la Guía del Proceso, la prohibición expresa de exigir como requisito de atención cualquier documento tendiente a la verificación de la garantía de derechos, pues esta es

una responsabilidad del Defensor de Familia que podrá por supuesto en su calidad de autoridad administrativa solicitar a la familia que allegue los documentos para facilitar el trámite del proceso y la consecuente verificación, pues entendemos que estos documentos por ser tan personales en la mayoría de los casos están en poder de la familia y es apenas natural que el Defensor de Familia los solicite, sin embargo, esa solicitud no puede y no debe ser condicionante de la prestación del servicio, pues en caso de que la familia no colabore y no acredite dichos documentos, en todo caso corresponde al Defensor de Familia o autoridad competente ubicarlos a través de la activación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

De otra parte, y en cuanto a la responsabilidad de realizar la verificación de la garantía de derechos, el borrador de Guía del Proceso Administrativo de Restablecimiento, establece que corresponde a la autoridad administrativa y su equipo interdisciplinario, lo cual refuerza la percepción encontrada en los talleres respecto de la responsabilidad compartida o incluso la no responsabilidad del Defensor de Familia en la verificación.

Como dijimos en los talleres realizados con los Defensores de Familia y sus equipos interdisciplinarios, se detectó una clara falta de identificación de la verificación como una función propia del Defensor, y una alta identificación de los equipos con la misma, lo cual en nuestra opinión, es un error en la apreciación de la norma que puede traer consecuencias desfavorables para el proceso y para el niño, niña o adolescente involucrado en el proceso, dado que el equipo interdisciplinario no es el rector del proceso, sino su apoyo, y funge como autoridad administrativa, relevando al Defensor de la percepción del caso en todas sus dimensiones.

Consideramos que esta responsabilidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 corresponde exclusivamente al Defensor de Familia, en su calidad de rector del proceso, y es una responsabilidad de naturaleza indelegable en otro servidor público o contratista. Esto no quiere decir que para realizar la verificación el Defensor no pueda ordenar el apoyo del equipo que debe realizar las valoraciones psicológicas, de trabajo social y nutricional a que haya lugar y que la propia norma exige, sin embargo, somos enfáticos en afirmar que esto será un apoyo, pues la dirección está en cabeza del Defensor de Familia, quien ordena a su equipo realizar dichas valoraciones como insumo de la verificación de la garantía de derechos y su concepto final, que en todo caso corresponde hacer al Defensor de Familia.

Esta aclaración no es un capricho meramente formal, pues tiene profundas implicaciones en el desarrollo del proceso y en la garantía de los derechos del niño, niña y adolescente, dado que en este proceso es fundamental que el Defensor de Familia desde el inicio sea el director del proceso, la autoridad que

primero tiene un acercamiento al niño y este lo reconozca como su Defensor y el cuidador de sus intereses, aspecto que contribuirá enormemente a la humanización del proceso y a que cada niño no sea visto como un caso, sino como una persona por quien el Defensor debe hacer todo para lograr el ejercicio pleno de sus derechos. De otra parte, este primer acercamiento permitirá al Defensor de Familia conocer de primera mano las particularidades del caso, que mas adelante podrán ser determinantes para adoptar medidas de restablecimiento provisionales y fallar en derecho y de acuerdo con el interés superior del niño, niña o adolescente.

Por lo anterior, recomendamos modificar la afirmación de que la verificación de la garantía de derechos es una responsabilidad compartida entre el Defensor de Familia y su equipo interdisciplinario, con las anotaciones antes presentadas.

**Respecto de la obligatoriedad de la verificación de la garantía de derechos**, la norma establece que en todos los casos la autoridad competente deberá de manera inmediata, realizarla, no obstante encontramos que para los Defensores de Familia y sus equipos interdisciplinarios, la verificación de la garantía de derechos no es obligatoria en todos los casos y esta dualidad entre lo obligatorio y lo no obligatorio está directamente relacionada con el concepto que ha hecho carrera en el Instituto respecto de los denominados “asuntos conciliables y no conciliables”, dado que para los primeros la verificación no se realiza y para los segundos sí.

Esta interpretación que divide las actuaciones del Defensor de Familia e incluso la estructura administrativa interna de los Centros Zonales, la abordaremos en detalle en el punto 2 de este apartado, sin embargo, valga decir por ahora, que ha generado la mayoría de las interpretaciones que consideramos erradas a la hora del abordaje de los casos de los niños, niñas y adolescentes, y debe ser seriamente repensada y replanteada por el ICBF.

Para el caso de la verificación de la garantía de derechos encontramos que los Defensores de Familia y sus equipos interdisciplinarios, consideran que la verificación de la garantía de derechos solo constituye una obligación cuando se trata de asuntos no conciliables, pues los conciliables siguen un procedimiento paralelo al Proceso de Restablecimiento de Derechos que nunca se encuentra con este y nunca se aplican sus normas propias.

En gracia de discusión y dejando de lado la disposición normativa que la hace obligatoria siempre, es posible que para algunos casos la verificación de la garantía de derechos resulte por demás exigente y complicada, por ejemplo (tomado de los talleres realizados con las autoridades competentes y sus equipos), cuando el usuario se acerca al Centro Zonal buscando la garantía del derecho a la alimentación presuntamente vulnerado al niño por el obligado a dar la



cuota alimentaria, este fijada o no, motivo por el cual el servidor público que atiende al usuario en primera instancia (enlace del proceso de atención al ciudadano) lo direcciona a asuntos conciliables y exime a la autoridad de la verificación de los derechos, dado que considera que esta perfectamente identificado el motivo de ingreso y el trámite que se debe dar.

No obstante la aparente claridad y lógica que envuelve esta actuación, cabe preguntarnos, ¿la entrevista inicial a un usuario realizada por un servidor que no es la autoridad competente, es suficiente para determinar el grado de cumplimiento de los derechos del niño?, ¿es posible que en ese caso se presente la amenaza y/o vulneración de otros derechos? La respuesta a estos interrogantes es positiva en la medida que la aparente claridad de un caso que presente un usuario puede no gozar de dicha claridad y puede tener matices que es necesario que la autoridad administrativa competente conozca para ejercer de manera integral su misión.

Recordemos que la verificación de la garantía de derechos tiene un propósito fundamental en el quehacer del Defensor de Familia y en el Proceso de Restablecimiento de Derechos y es principalmente que la autoridad administrativa conozca de primera mano las condiciones del niño, niña o adolescente, para adoptar las decisiones a que haya lugar que permitan una protección integral, en consecuencia, es la hoja de ruta que le orienta hacia qué dirección debe tomar, por lo cual, no consideramos que la eliminación de la verificación de la garantía de derechos sea el camino más útil y seguro para el ICBF ni sus Defensores de Familia pues no lo blinda de cometer errores en la toma de decisiones, amén de que es una ilegalidad su pretermisión.

Este punto crítico consideramos fundamental abordarlo en los lineamientos técnicos y directamente con los Defensores de Familia en ejercicios de sensibilización, para que no sea visto como una exigencia engorrosa, legalista y carente de sentido, sino por el contrario como una garantía a su quehacer misional, una herramienta indispensable en su trabajo que le permitirá adoptar decisiones seguras, razonables y proporcionadas en cada caso.

Finalmente es preciso preguntarnos **¿cuál es el momento en que debe hacerse dicha verificación? ¿Antes de iniciar el proceso?, ¿una vez se haya iniciado?**, para responder a este interrogante debemos indicar en primera instancia que no es un asunto pacífico, pues hay varias opciones en juego que tienen serias razones a favor y en contra a considerar.

Como primera opción tenemos aquella que afirma que la verificación de la garantía de derechos debe hacerse antes de iniciar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, de tal forma, que la verificación es un presupuesto del auto de apertura de investigación. Entre las razones para defender esta tesis

encontramos que: (i) el artículo 52 del Código es el primer artículo que habla de la actuación propiamente dicha de la autoridad competente, esto es, del Defensor de Familia y su parágrafo primero indica que de las actuaciones surtidas en la verificación se dejara constancia que servirá de sustento para definir las medidas pertinentes para el restablecimiento de derechos; (ii) en el artículo 99 del Código se enumeran las ordenes que se deben incluir en el Auto de apertura de investigación, dentro de las cuales no se encuentra la orden de verificación de la garantía de derechos.

Bajo esta interpretación, la verificación es un presupuesto de la apertura de investigación, por lo cual debe ser anterior a la misma, pues solo después de la verificación la autoridad competente podrá determinar si abre o no la investigación y adoptar medidas de restablecimiento provisionales como lo ordena el artículo 99, que tendrán como soporte las actuaciones surtidas en la verificación.

De otra parte, tenemos la tesis según la cual la verificación de la garantía de derechos se adelanta dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos propiamente dicho, esto es, con la iniciación de la investigación y como una consecuencia de ella, por lo cual se incluirá como una orden dentro del Auto de apertura. Las razones para defender esta tesis son: (i) no puede surtirse ninguna actuación administrativa que este por fuera o no se encuentre amparada en un Proceso debidamente iniciado para garantizar los derechos al debido proceso, defensa y contradicción; (ii) el artículo 99 del Código establece que cuando el Defensor de Familia o Comisario de Familia, o en su caso, el Inspector de Policía tenga conocimiento de la vulneración o amenaza de alguno de los derechos que el Código reconoce a los niños, niñas y adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia.

De acuerdo con esta opción, la verificación de la garantía de derechos es una actuación administrativa ordenada en el Auto de apertura de investigación, lo que significa que en todos los casos, se abrirá el Proceso de Restablecimiento de Derechos y se dará lugar a la verificación como presupuesto de las medidas de restablecimiento a que haya lugar.

Este asunto del momento en el que se realiza la verificación de la garantía de derechos, fue un punto recurrente en el desarrollo de los talleres regionales con autoridades competentes y equipos interdisciplinarios, que denoto la confusión y ausencia de unidad de criterios en las autoridades administrativas en un punto que consideramos fundamental, dado que tiene profundas implicaciones de carácter formal, sustancial e incluso disciplinario para los Defensores de Familia, veamos:

En el primer caso, si se determina que la verificación de la garantía de derechos es anterior a la apertura de investigación, es una actuación que no queda debidamente soportada en el proceso, que corre el riesgo de ser tomada

informalmente tanto por la autoridad competente como por su equipo interdisciplinario, además que no se contaría dentro de los cuatro meses establecidos en la norma como tiempo máximo para desarrollar la actuación administrativa cuando se trate de procesos iniciados de oficio por la autoridad competente, por lo cual, podría gastarse mucho tiempo entre la verificación y la iniciación de la actuación administrativa, situación que entraría a jugar en contra de los intereses del niño que requiere de actuaciones céleres y eficaces por parte de las autoridades competentes, que culminen con la garantía de sus derechos.

En el segundo caso, si se concluye que la verificación de la garantía de derechos es posterior a la apertura de investigación, tiene una amplia garantía de legalidad, no obstante, las medidas que se adopten de manera provisional por parte de la autoridad competente, no tendrían el soporte suficiente, pues en el mismo acto se ordenaría la verificación y las medidas, motivo por el cual el decreto de medidas no tendría como presupuesto un acto de la importancia y seriedad de la verificación de la garantía de derechos, que solo lo tendrían las modificatorias y las definitivas adoptadas en el fallo. Adicional a esto, si bien la verificación contaría dentro del término de los cuatro meses, cuando la decisión de apertura fuera de oficio, motivo por el cual la autoridad administrativa tendría que realizarla prontamente y sin dilaciones, podría generarse una pérdida sustancial en el tiempo y la calidad que se le invierte a la verificación dado la premura del término para fallar que se acortaría, lo cual vendría a jugar nuevamente en contra de los intereses del niño, en cuanto a que las decisiones que se adopten estén debidamente fundamentadas y soportadas.

Como puede observarse, existen razones de peso a favor y en contra de una y otra opción, que deben ser valoradas e interpretadas a favor de la norma más favorable al interés superior del niño como lo establece el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Lo cierto es que a pesar de que el legislador estableció como obligatoria la verificación de la garantía de derechos y los aspectos mínimos que debían estudiarse en la misma, así como la autoridad competente, no estableció el momento exacto en el que debía hacerse, pues se limitó a dejar una fórmula de lectura abierta: “en todos los casos y de manera inmediata”, por lo cual se pregunta, ¿la manera inmediata a qué?, ¿al conocimiento del caso o a la apertura de la investigación?

Como respuesta tenemos las dos opciones analizadas que como veremos tanto la normativa interna del ICBF como la jurisprudencia han tomado caminos diferentes:

En la Resolución 911 de 2007, no se estableció con claridad en qué momento se debía hacer la verificación de la garantía de derechos pues se hablaba de que tanto la apertura de investigación como la verificación se realizaban una vez la

autoridad competente tuviera conocimiento del hecho y en el Auto de apertura se incluía como soporte:

*“Cuando la autoridad competente tenga conocimiento de la inobservancia, amenaza o vulneración de alguno de los derechos consagrados en el Código de la Infancia y la Adolescencia, tendrá el deber inexcusable de impulsar todos los procedimientos a su alcance, para garantizar de manera inmediata el restablecimiento de derechos.*

*En tal virtud, la autoridad competente abrirá el proceso de restablecimiento de derechos, de forma inmediata al conocimiento del hecho, mediante la expedición del auto de apertura de investigación, que contendrá básicamente las siguientes diligencias y acciones:*

- 1. Número del Auto*
- 2. Fecha, hora y lugar de apertura de la investigación*
- 3. Autoridad que abre la investigación (Defensoría de Familia – Comisaría de Familia – Inspección de Policía)*
- 4. Verificación de la garantía y estado de cumplimiento de derechos (...)*

Dado el nivel de indeterminación del lineamiento concordante con la norma, podría decirse que la verificación y la apertura de la investigación eran actuaciones que se dejaban a criterio de la autoridad el momento de realizarlas o en el mejor de los casos eran concomitantes.

Posteriormente, en la Resolución 5929 de 2010, se estableció que esta facultad era compartida por la Autoridad Administrativa y el equipo interdisciplinario, no obstante este equipo es el primero que tiene el contacto con el usuario, dejando la intervención del Defensor de Familia como secundaria y de validación de lo actuado por el equipo.

Respecto del momento de la verificación tanto en la ruta establecida como en el proceso, se indica que se realizara de manera previa al Auto de Apertura de Investigación:

*“Cuando del concepto de estado de cumplimiento de derechos del niño, niña o adolescente se determine la situación de vulneración, amenaza o inobservancia de uno de los derechos de protección consagrados en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006, la autoridad administrativa, de manera inmediata, dará apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 99 y subsiguientes del Código de Infancia y Adolescencia o, de ser necesario, de conformidad con lo previsto por el artículo 106 ibídem”.*

En el borrador de Guía para el Proceso de Restablecimiento de Derechos, nuevamente se confunde el momento para realizar la verificación, pues en principio parece que se hace de manera previa al Auto de Apertura, pero inmediatamente la ubica dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos, como una orden impartida en dicho Auto:

*“El Auto de Apertura de Investigación debe ser suficientemente motivado y consistente con el concepto del estado de cumplimiento de derechos deberá entre otros:*

- a) Ordenar la verificación de la garantía de cada uno de los derechos y la emisión del respectivo concepto de estado de cumplimiento de derechos (...).”*

Como se observa se indica primero que el Auto de apertura debe ser motivado con el concepto del estado de cumplimiento de derechos, con lo cual ubica la verificación como presupuesto del Auto, sin embargo a renglón seguido, indica que el Auto debe contener la orden de verificación y emisión del concepto de estado de cumplimiento de derechos, ubicándola como actuación posterior a la apertura de investigación.

Por su parte la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado elementos claros para dilucidar el punto:

En la Sentencia T-502 de 2011 en la cual la Corte fijo los criterios para la adopción de medidas de restablecimiento de derechos y ratifico la presunción a favor de la familia biológica, manifestó que la verificación de la garantía de derechos era un presupuesto para la toma de medidas de restablecimiento y del Auto de apertura de investigación:

*“Así, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 52, ubicado en el Capítulo II referente a “Medidas de restablecimiento de los derechos”, prevé una obligación general a cargo de las autoridades públicas, en el sentido de verificar la garantía de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, examen que comprenderá la realización de un estudio sobre los siguientes aspectos: (...)*

*(...) Una vez adelantada la anterior verificación, la autoridad competente contará con los suficientes elementos de juicio para adoptar alguna de las siguientes medidas de restablecimiento de derechos, consignadas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006: (...)*

*(...) Una vez verificado que los derechos no se encuentran garantizados, se dicta un auto de apertura de investigación de conformidad con lo dispuesto*

*por el artículo 99 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el cual deberá consignarse (...)*”.

La Corte en esta sentencia deja claro que la verificación de la garantía de derechos es anterior al auto de apertura de investigación y confirma la naturaleza de la misma, como presupuesto para la adopción de las medidas de restablecimiento más adecuadas al interés superior del niño.

No obstante lo anterior, debemos hacer una pequeña consideración respecto de la fuerza ejecutoria de esta sentencia en el aparte señalado, toda vez que como indicamos se trata de una acción de tutela que en principio tiene efectos *inter partes*, por lo cual no podrían aplicarse sus ordenes y consideraciones a otros casos y, de otra parte, podría decirse que el aparte transcrito no hace parte de la *ratio decidendi* de la providencia, esto es de las razones intrínsecas de la decisión y por lo tanto obligatorias, sino del *obiter dicta*, o lo dicho de paso por la Corte, con lo cual, su obligatoriedad quedaría en entre dicho, en el sentido estricto de constituir un precedente.

Las dudas sobre los efectos de esta sentencia, son resueltos en la misma por la Corte, pues si bien es una acción de tutela, la Corporación emitió diez ordenes la mayoría dirigidas al ICBF relacionadas con la corrección de prácticas vulneratorias de derechos en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y en la orden Octava ordeno poner en conocimiento de los hechos que motivaron el caso al Presidente de la República, al Ministro de la Protección Social y a la Directora del ICBF para que se adopten las medidas administrativas necesarias tendientes a que lo allí evidenciado no vuelva a ocurrir, igualmente, para que se establezca si actualmente existen situaciones similares dentro de procesos de restablecimiento de derechos en curso y tomar los correctivos pertinentes que aseguren el cese de la vulneración de derechos<sup>4</sup>.

Con esta decisión la propia Corte hizo una modulación de los efectos generales de sus sentencias de tutela y le otorgo a esta sentencia los llamados efectos *inter pares*, esto es, aplicación a los casos similares y verificación de los mismos a efectos de que las situaciones analizadas en el fallo no vuelvan a ocurrir.

A partir de esta decisión, dados los efectos de la misma y al margen de analizar si el aparte señalado se constituye en la *ratio decidendi* del fallo, podemos afirmar que el mismo si constituye un claro instrumento de interpretación normativa emitido por el máximo órgano constitucional en Colombia, por lo cual, debe ser tenido en cuenta por los operadores jurídicos.

---

<sup>4</sup> Esta sentencia la Corte tuteló los derechos a la unidad e intimidad familiar y a la autodeterminación reproductiva, así como los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, de dos niños que habían sido declarados en adoptabilidad por el ICBF, con violación de garantías procesales de los padres a quienes se les hicieron exigencias exageradas tales como la realización de cirugías de ligamento de trompas y vasectomía y sin tener en cuenta el interés superior de los niños.

Como conclusión al punto de definir en qué momento se debe hacer la verificación de la garantía de derechos, tomando los argumentos expuestos en uno y otro caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consideramos que la verificación debe hacerse antes de abrir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, en la medida que constituye un presupuesto del auto de apertura de investigación. Sin embargo, en algunas ocasiones debe hacerse de manera simultánea.

Esto por cuanto si bien la apertura de investigación se debería dar en todos los casos en los que se conozca la amenaza o vulneración de derechos, para determinar si existe tal, no podemos dejar de lado que el Auto de Apertura contiene unas decisiones de naturaleza sustantiva que deben partir de un análisis preliminar del caso concreto, que solo puede derivarse de la verificación de la garantía de derechos que haga la autoridad administrativa, que le permitirá tomar decisiones incluso sobre medidas de restablecimiento provisionales que pueden afectar derechos fundamentales, por lo cual deben estar debidamente fundamentadas en un concepto del estado de cumplimiento de derechos.

Si de la verificación de la garantía de derechos que como dijimos anteriormente, es obligatoria y corresponde al Defensor de Familia realizarla con lo cual se garantiza el principio de inmediación en la actuación administrativa, se determina que en efecto existe una presunta amenaza o vulneración de derechos, se procederá a abrir la correspondiente investigación con el fin de determinar las condiciones fácticas y jurídicas de dicha amenaza o vulneración de derechos y las medidas para garantizar el restablecimiento de los derechos.

### **1.1. Ruta para la realización de la verificación de la garantía de derechos**

Si bien hemos concluido que la verificación de la garantía de derechos es una actuación en cabeza de la autoridad competente previa a la apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, tomando como base los argumentos expuestos en uno y otro caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consideramos que esta interpretación no está libre de los riesgos ya enunciados en el acápite anterior y que fundamentalmente se relacionan con la dilación en la realización de dicha verificación y en consecuencia una ampliación de los términos en contra de los intereses del niño, así como la práctica de pruebas por fuera del proceso y sin oportunidad para ejercer el derecho de contradicción, por lo cual creemos necesario establecer una ruta para que dicha verificación se realice de manera ágil y expedita y cumpla con su objetivo legal. Proponemos en consecuencia la siguiente ruta:

- Si a simple vista es evidente la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, la verificación de la garantía de derechos es concomitante con la apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Con un solo derecho vulnerado o amenazado se debe abrir el PARD aunque no se haya terminado realizar la verificación de la garantía de derechos.
- La verificación de la garantía de derechos debe realizarse en un periodo de tiempo máximo de 36 horas continuas a partir del momento en que la autoridad pública tuvo conocimiento de la situación de manera verbal o escrita. Esta exigencia se justifica en que la verificación de la garantía de derechos es la primera actuación que desarrolla la autoridad competente y de ella depende la apertura del proceso que la misma norma establece debe realizarse de manera inmediata al conocimiento del caso, por lo cual, tiene vocación de agilidad, es una actuación sumaria que se realiza como presupuesto de la apertura oficial del proceso, pero no es un proceso en sí mismo en el cual la autoridad pueda tomarse un término que exceda la urgencia de dicha verificación y del caso que la provoca.

Es necesario entonces que la autoridad competente realice la verificación en el plazo más corto posible que no exceda del propuesto, dado que ante una eventual amenaza, o vulneración de derechos, no se pueden tomar plazos que puedan generar un desmedro superior de los mismos.

- Si transcurrido el tiempo señalado anteriormente no se ha realizado la verificación de la garantía de derechos y existe duda acerca de la vulneración o amenaza o falta de información para completar la verificación de la garantía de derechos, la autoridad competente deberá abrir el PARD.
- En virtud de la naturaleza sumaria de la verificación de la garantía de derechos, no procede la práctica de pruebas propiamente dichas en esta verificación, y en caso de que se practiquen pruebas sumarias se deben incorporar mediante auto al Proceso de Restablecimiento de Derechos si se dio su apertura: esta regla tiene dos subreglas, primero, se debe evitar que la verificación se convierta en un escenario de práctica de pruebas tales como los testimonios, declaraciones y emisión de conceptos periciales por parte del equipo interdisciplinario, que como indicamos anteriormente, si bien apoya y asesora al Defensor de Familia en la verificación, los conceptos que emitan en dicha instancia serán de naturaleza sumaria.

En este punto debemos referirnos a las actuaciones referidas en la Guía del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, pues en nuestra opinión dichas actuaciones ordenadas a la autoridad competente y al equipo interdisciplinario son pruebas propiamente dichas, como los



conceptos de psicología, trabajo social y nutrición, así como las entrevistas al niño y sus padres que como están especificadas son declaraciones y en este sentido pruebas en todo su contexto. No se debe olvidar que las pruebas tienen una etapa procesal propia en el proceso y que de las mismas se debe correr traslado a las partes para que ejerzan su derecho de contradicción. Insistimos que la verificación de derechos es un presupuesto del auto de apertura de investigación, no es la investigación en sí misma que se desarrolla en el curso del proceso y con las formalidades establecidas en el mismo.

De otra parte, es importante tener en cuenta que en caso de que en la verificación de la garantía de derechos, se practiquen pruebas de naturaleza sumaria como presupuesto del auto de apertura de investigación, estas pruebas deberán incorporarse debidamente al proceso mediante auto y correr el traslado a las partes con el fin de que puedan ser debatidas.

- Cuando conocida por la autoridad competente una posible vulneración o amenaza y de la verificación de la garantía de derechos se decida por la vulneración o amenaza y como consecuencia la no apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y el no ejercicio de ninguna acción; de dicha actuación se deberá dejar constancia por escrito mediante auto que se notificará a los interesados y contra esa decisión procede el recurso de reposición<sup>5</sup>.

## 2. Clasificación de los derechos de los niños en asuntos conciliables y no conciliables

Como manifestamos en el aparte anterior, uno de los aspectos que merece más atención es el que tiene que ver con la tesis de los “asuntos conciliables y no conciliables”, que ha hecho carrera en el Instituto desde la entrada en vigencia del Código, determinando todas las actuaciones del Defensor de Familia a partir de dicha clasificación de asuntos y que en nuestra opinión ha generado la mayoría de

---

<sup>5</sup> El artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, en su párrafo primero consagra que de las actuaciones adelantadas en el marco de la verificación de la garantía de derechos **se dejará constancia expresa**, la que se considera un verdadero acto administrativo. Ésta actuación al definir la existencia o inexistencia de la amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por tanto, ser presupuesto de la apertura o no, del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos –PARD- es considerado como un acto administrativo de carácter definitivo.

La Ley 1137 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en su artículo 43 definió los **actos administrativos definitivos** como aquellos *que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto*; siendo estos susceptibles de recurso de reposición en los términos del artículo 73 de la misma ley.

las interpretaciones equivocadas de las disposiciones del Código, que en muchos casos dan lugar a mayores vulneraciones de derechos que a su restablecimiento.

Esta tesis que es hoy el punto de partida de la actuación del Defensor y que determina incluso la estructura administrativa interna de los Centros Zonales, parte del argumento de que hay derechos de los niños, niñas y adolescentes que son conciliables y otros que no lo son, por lo cual en uno y otro caso, se les debe dar un tratamiento acorde con la naturaleza intrínseca del derecho.

Ese tratamiento acorde con la naturaleza del derecho según esta tesis, es diferencial si se trata de un derecho conciliable o de uno no conciliable, pues en el primer caso el trámite a seguir no será el establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia en sus artículos 96 y ss., relativos al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, sino que será el establecido en las normas generales de conciliación prejudicial en materia de familia, mientras que si el derecho es de naturaleza no conciliable, se dará aplicación integral de las normas que regulan el Proceso de Restablecimiento de Derechos.

De esta premisa básica parten otras que con el tiempo se han decantado, dentro de las cuales podemos mencionar las siguientes:

- Los asuntos determinados por la ley civil como conciliables y/o extraprocesales, son conciliables, los demás no, así los asuntos mencionados por las Leyes 23 de 1991, 640 de 2001 y el artículo 82 numeral 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia (asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, entre otros), son conciliables y no procede la verificación de la garantía de derechos ni la apertura de investigación tendiente a la adopción de medidas provisionales o definitivas.
- Cuando se trate de amenaza, o vulneración, se dará el trámite de asunto conciliable.
- El abuso sexual y el maltrato no son conciliables, lo demás sí y se les da el tratamiento determinado a cada asunto según su naturaleza.

Todas estas premisas que no se corresponden necesariamente unas con otras, fueron objeto de análisis en los talleres realizados a nivel regional con las autoridades competentes y sus equipos interdisciplinarios, quienes las mencionaron, defendieron y validaron como ciertas, por lo cual se ha identificado como un punto crítico dentro de la ruta de restablecimiento de derechos, en la medida que evidencio la ausencia de claridad en los operadores jurídicos en aspectos como, la amenaza y la vulneración y las consecuencias entre uno u otro caso y la propia clasificación de derechos conciliables y no conciliables y en

definitiva entre los asuntos conciliables y no conciliables. Veamos algunos ejemplos:

- ✓ Cuando se habla de que el abuso sexual y el maltrato no son conciliables y lo demás sí, se está afirmando varias cosas, en primer lugar que estos eventos son vulneraciones de derechos, por lo cual se les da el tratamiento de restablecimiento de derechos, nunca de conciliación; en segundo lugar se emite un juicio de valor sobre la naturaleza del derecho que se encuentra vulnerado, que en estos casos, es el derecho a la integridad personal; y en tercer lugar, que los demás asuntos son conciliables, independientemente de la naturaleza del derecho y de si se encuentran amenazados, inobservados o vulnerados, lo que equivale a decir que los demás derechos que no tengan connotación con la integridad personal, en todos los casos se les dará el trámite de conciliables, sin tener en cuenta si se encuentran amenazados o vulnerados.

En este primer ejemplo es claro y estamos de acuerdo con la primera parte de la premisa, los eventos de maltrato y abuso sexual, no son conciliables e incluso ante la amenaza, así no se consume, se deberá abrir proceso de restablecimiento de derechos y adoptar las medidas a que haya lugar, no obstante, la segunda parte de la premisa, genera serios inconvenientes, pues generaliza los demás eventos o derechos de los niños, niñas y adolescentes que sin una valoración se dan como conciliables, lo cual genera un alto riesgo de que la atención que se preste sea banal.

- ✓ Cuando se afirma que ante la o amenaza se dará el trámite de asunto conciliable, una vulneración se tramitara como asunto no conciliable, no se toma en cuenta la naturaleza del derecho propiamente dicha sino el grado de afectación que puede tener ese derecho, por lo cual, el tema se modula en atención a la gravedad de la posible amenaza o lesión. Esto implica que se debe entrar a definir que es amenaza o vulneración, camino que resulta odioso e inútil dado, que entrar a hacer diferencias el interprete que el legislador no hizo, puede llevar a un ejercicio dentro del cual se dé un alcance diferente a la norma del que realmente tiene, por defecto o por exceso. Por lo cual consideramos que tratar de definir las diferencias entre amenaza y vulneración como criterios para determinar si se debe abrir un proceso de restablecimiento de derechos o no, no es el camino indicado.

La confusión creada a partir de este criterio la encontramos en el Lineamiento de Restablecimiento de Derechos del ICBF aprobado mediante la Resolución 911 de 2007, el cual establecía los motivos de ingreso al Proceso y definía la amenaza o vulneración<sup>6</sup>, y aunque no se generaba diferencia en cuanto al trámite que se

---

<sup>6</sup> Motivo de Ingreso

debía llevar para uno u otro caso, pues insistimos todos eran considerados motivos de ingreso al PARD, si se incluía una lista en el Anexo 1 de “posibles eventos que inobservan, amenazan o vulneran el ejercicio de los derechos de los niños las niñas o los y las adolescentes”, en la cual se clasificaban los derechos, si estos eran susceptibles de amenaza o vulneración y si ellos eran conciliable o no conciliables y el trámite que se debía dar a cada uno.

Estas definiciones en nuestro criterio contribuyeron ampliamente a la confusión que hoy existe en los servidores públicos de las Defensorías de Familia, no obstante el mismo fue abandonado en el lineamiento aprobado en el año 2010 mediante Resolución 5929 de 2010, en el cual no se hizo una categorización de derechos por conciliable o no conciliable, ni se definió en que eventos podrían estar inobservados, amenazados o vulnerados, no obstante la tradición había echado raíces en los Centros Zonales que hasta hoy se sigue hablando de asuntos conciliables y no conciliables, con un ingrediente adicional, la diferencia de trato y de procedimiento en uno u otro caso.

Como ya lo manifestamos en los dos ejemplos estudiados, las diferencias entre asuntos conciliables y no conciliables que tienen directa relación con la naturaleza del derecho o con el grado de afectación (llámese amenaza o vulneración), aparejan serias complicaciones en la práctica, no obstante consideramos que el mayor problema reside no en las clasificaciones ni en las definiciones que ya indicamos nos parecen estériles, sino en la consecuencia que tienen dichas clasificaciones o definiciones y en el trato desigual que se da en uno u otro caso en cuanto al procedimiento a aplicar, pues dependiendo si es uno u otro se da el

- 
- Por condiciones de Inobservancia
  - Por condiciones de Amenaza
  - Por condiciones de Vulneración

Las modalidades de inobservancia, amenaza o vulneración de derechos, están directamente relacionadas con los derechos a garantizar, proteger y restituir, contenidos en los artículos 17 al 37 del Código de la Infancia y la Adolescencia, además de los consagrados en la Constitución Política, las Leyes y los Tratados y Convenios Internacionales ratificados y en vigor para Colombia.

#### 2.2.1 La inobservancia del derecho

La inobservancia del derecho consiste en el incumplimiento, omisión o negación de acceso a un servicio, o de los deberes y responsabilidades ineludibles que tienen las autoridades administrativas, judiciales, tradicionales nacionales o extranjeras, actores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), sociedad civil y personas naturales nacionales o extranjeras, de garantizar, permitir o procurar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes nacionales y extranjeros que se encuentren en el territorio colombiano o fuera de él.

#### 2.2.2 La amenaza

La amenaza consiste en toda situación de inminente peligro o de riesgo para el ejercicio de los derechos de todos los niños, las niñas o los adolescentes.

#### 2.2.3 La vulneración

Vulneración es la situación de daño, lesión o perjuicio que impide el ejercicio pleno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

tramite establecido en el Código para el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos o no.

Esto en nuestra opinión es el aspecto que genera una vulneración adicional a los derechos ya inobservados, amenazados o vulnerados con que llega el niño ante la autoridad administrativa, y es la vulneración al derecho consagrado en el propio Código de la Infancia y la Adolescencia al restablecimiento y a uno de carácter fundamental y constitucional, el acceso a la administración de justicia, pues sin una apreciación válida por parte de la autoridad administrativa, sino que parte de la valoración inicial que realiza el servidor encargado de atender el proceso de atención al usuario, que reparte el asunto de acuerdo con los criterios mencionados a los Defensores de asuntos conciliables o no conciliables, sin que medie ni siquiera la garantía mínima establecida por el Código, esto es, la verificación de la garantía de derechos pues ella solo aplica para los casos no conciliables.

A partir de este procedimiento la definición del punto más importante para el usuario que es conocer el trámite que se le va a dar a su caso, no depende ni siquiera de la autoridad administrativa, sino de un funcionario del Centro Zonal que por más preparado que se encuentre en los temas de atención al usuario y los procedimientos del Centro Zonal, no tiene ni el perfil ni las calidades para adoptar una decisión de ese nivel que en últimas solo corresponde a la autoridad competente una vez efectuada la verificación de los derechos.

Por lo anterior, y como solución a este punto crítico identificado, proponemos en primera instancia y de acuerdo con lo manifestado en el aparte anterior, la obligatoriedad de la verificación de la garantía de derechos en todos los casos y que ella sea una responsabilidad indelegable de la autoridad administrativa competente que recibirá el apoyo de su equipo interdisciplinario, pero en todo caso será de su resorte el concepto final de cumplimiento de derechos que le permitirá tomar la decisión de abrir o no un proceso administrativo de restablecimiento de derechos. De otra parte, consideramos necesario eliminar de una vez por todas, la clasificación entre asuntos conciliables y no conciliables y eliminar el quehacer de los Defensores de Familia y demás miembros del equipo en unos u otros asuntos.

No desconocemos que el proceso de atención al ciudadano es una directiva de carácter nacional y obligatoria para todas las entidades del Estado y que en virtud de la misma deben generarse puntos de atención en todos los centros de atención al público, que por supuesto en el caso del ICBF es el Centro Zonal el centro de atención por excelencia, no obstante, y en esa medida es importante que existan enlaces en todos los Centros que tengan un primer acercamiento con los usuarios y puedan dar una asesoría y apoyo inicial a los mismos y generar filtros sobre los procedimientos solicitados, sin embargo, insistimos estos enlaces no pueden tomar decisiones propias de la autoridad competente del restablecimiento que en

el caso del ICBF es exclusivamente el Defensor de Familia, que no puede quedar exento de competencia por la decisión de otro funcionario. El principio de inmediación de estos servidores debe garantizarse en todos los casos y el usuario debe tener la alternativa y el derecho siempre de hablar con el Defensor de Familia y exponer su caso para que sea él quien adopte las decisiones a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Esta eliminación propuesta no significa que entendamos se deba eliminar la conciliación dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, que es una actuación y etapa propia dentro del mismo establecido por la Ley de Infancia y Adolescencia, por el contrario, consideramos que la conciliación debe realizarse siempre en los términos establecidos en el artículo 100, esto para los asuntos que son objeto de conciliación, es en audiencia dentro del proceso y por la autoridad competente sin que pueda delegarse en otro funcionario del equipo interdisciplinario o del Centro Zonal la facultad de realizarla.

### **3. Notificaciones**

Las notificaciones dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos son un tema de importancia capital, dado que son la principal manera de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa a las partes en él involucradas. En este tema como en otros propios del proceso el Código de la Infancia y la Adolescencia se remite a las normas procesales civiles para garantizar una debida notificación a las partes dentro de su curso. Así tenemos cinco formas de notificaciones en el PARD, cuatro traídas del Código de Procedimiento Civil y una propia de la Ley 1098 2006: (i) notificación personal para el Auto de apertura de investigación cuando se conozca la identidad y dirección de las personas que deban hacerse parte; (ii) notificación por aviso, cuando no sea posible la notificación personal para el caso del Auto de apertura de investigación y de las demás decisiones que se adopten en el proceso que no se dicten en audiencia<sup>7</sup>; (iii) notificación en estrados, para las providencias que se dicten en el curso de una audiencia, dentro de las que se encuentra el fallo; (iv) notificación por estado de la Resolución de fallo<sup>8</sup>, y (v) la publicación en pagina web del ICBF y en medio masivo de comunicación, que se aplica como una variación de la notificación personal del Auto de apertura de investigación, y en nuestro concepto como una autentica forma de notificación cuando se desconoce la identidad o dirección, se realiza dicha citación a través de la publicación y si las personas interesadas no comparecen personalmente ante el Defensor de Familia a notificarse.

El Instituto ha hecho importantes avances en la forma de hacer las notificaciones y en los lineamientos técnicos que se han expedido durante la vigencia del Código

---

<sup>8</sup> Artículos 102 y 106 Código de la Infancia y la Adolescencia.

se ha reforzado el tema haciendo más garantista el proceso. No obstante, uno de los puntos de quiebre de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos en sede de revisión u homologación judicial, así como en sede de tutela, es precisamente el de la indebida notificación que en la práctica no se realiza cumpliendo las normas procesales externas e internas<sup>9</sup>, generando vulneración al derecho de defensa y demás garantías procesales que se buscan amparar a través de la notificación.

Este tema fue evidenciado como un punto crítico en los talleres realizados regionalmente con las autoridades administrativas y sus equipos interdisciplinarios, en los cuales se manifestó la alta devolución de expedientes por parte de los Jueces de Familia en homologación por indebida notificación y la confusión existente entre la denominada “boleta de citación” y la notificación propiamente dicha.

En cuanto a la confusión de la autoridad administrativa de la “boleta de citación” con la notificación, nos encontramos en realidad ante un problema de desconocimiento del momento y la forma en que se perfecciona la notificación, pues es claro que el Defensor de Familia elabora la denominada “boleta de citación”, la envía por correo certificado y con ello entiende surtida la notificación, sin tener en cuenta que esa es solo la primera parte que establece la norma como un medio para informarle al interesado que existe en ese Despacho administrativo un proceso que puede afectarlo y que debe comparecer a constituirse en estricto sentido como parte del mismo. La notificación solo se entenderá perfeccionada, cuando la persona se presente personalmente al Despacho y le sea informado en extenso el contenido del Auto de Apertura, se entregue copia del mismo y se levante acta de lo actuado. De otra forma procederá la notificación por aviso (en la cual se remite copia del Auto de Apertura) y solo en caso de que en esta segunda oportunidad el citado no comparezca a notificarse personalmente, se entenderá surtida la notificación y en caso de que no se conozca la identidad ni ubicación de los interesados procederá la publicación en medio masivo de comunicación y en página web.

Respecto de esta publicación en medio masivo de comunicación y en pagina web, debemos indicar que en nuestro concepto a pesar de que la naturaleza de dicho acto en principio no tiene calidades de notificación propiamente dicha sino de citación, una vez se produce dicha publicación por el termino establecido en la norma (5 días), y los citados aun no comparecen al Despacho del Defensor a notificarse personalmente, debe otorgarse un término máximo para la comparecencia y en caso de no presentarse, se entenderá surtida la notificación, pues de lo contrario, se correría el riesgo de que los procesos administrativos de restablecimiento de derechos se adelantaran en ausencia de las personas

---

<sup>9</sup> Artículos 315 y 320 Código de Procedimiento Civil y Resolución 5929 de 2010.

interesadas y en cualquier momento se pudiera declarar la nulidad de lo actuado por indebida notificación.

En este punto aclaramos que si bien este no es el efecto establecido por el Código para la publicación, lo consideramos una respuesta apenas lógica que se debe adoptar en pro de garantizar el saneamiento del proceso y el interés superior del niño, cuya situación dentro del proceso no puede quedar en suspenso de una nulidad latente cuando las personas interesadas no se presentan ante el Defensor de Familia a notificarse una vez se han agotado todos los medios establecidos en la norma para la citación y, dado que en este proceso por disposición no se aplica el emplazamiento de las partes ni el nombramiento de curador ad litem, consideramos que en ultimas la publicación debe tener efectos de notificación, otorgando a los interesados un término adicional y garantista para presentarse al Despacho a notificarse, y una vez agotado el mismo, se entenderá surtida la notificación.

¿Cual debe ser ese término razonable y garantista? Consideramos debe ser el termino establecido en el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil para el perfeccionamiento de la notificación por emplazamiento, esto es, una vez hayan transcurrido 15 días posteriores al termino inicial de los 5 días que la norma del artículo 103 del Código de Infancia establece para que se surta la publicación sin que los interesados hayan comparecido ante el Defensor de Familia a notificarse personalmente. Esto como manifestamos como una medida tendiente a sanear el proceso de futuras nulidades y buscando garantizar el derecho de los interesados a notificarse de las actuaciones surtidas dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

Cabe anotar que esta notificación debe hacerse para cada una de las personas que puedan estar interesadas en el proceso, esto es, la familia nuclear y extensa del niño, niña o adolescente, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-844 de 2012.

En el proyecto de Guía del Proceso de Restablecimiento de Derechos facilitado por la Dirección de Protección, se encuentra en el acápite 9 disposiciones relacionadas con la “Citación y Notificación del Auto de apertura del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos”, que consideramos contiene de manera clara y precisa las normas para surtir en debida forma las notificaciones. De las disposiciones de dicho acápite destacamos las siguientes:

- ✓ Se establece la necesidad de citar, notificar y vincular al Proceso Administrativo a todos los interesados, especialmente a la familia nuclear y extensa del niño, niña y adolescente e incluso terceros que puedan verse afectados con las decisiones adoptadas en el mismo, o que puedan en un momento dado servir de apoyo en las medidas de restablecimiento



adoptadas con el objetivo de hacer efectiva la garantía y la presunción a favor de la familia biológica.

- ✓ Se indica como obligatoria la citación al Ministerio Público que debe hacerse parte dentro de todos los procesos en garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de las personas involucradas en los mismos.
- ✓ Se abordan los tipos de notificación del Auto de apertura, sus diferencias y procedencia, y en el caso de la notificación personal, se estipula claramente el momento en que se perfecciona dicha notificación, esto es, únicamente con la comparecencia al despacho del Defensor de Familia del citado y el levantamiento del acta en la que conste la comparecencia y la información integral del Auto de Apertura.
- ✓ Se enfatiza en la importancia de que todas las actuaciones surtidas por la autoridad administrativa a efectos de realizar las notificaciones autorizadas por la norma queden debidamente documentadas y acreditadas dentro del expediente, lo cual evitara en el futuro nulidades por indebida notificación.
- ✓ Se establece como opción para garantizar la notificación de las personas interesadas, cuando la citación o comunicación remitida por el servicio postal con la anotación de que la persona a notificar no reside, no trabaja en el lugar o que la dirección no existe, la búsqueda por parte de la autoridad administrativa en las bases de datos de las EPS, del FOSYGA, la consulta de antecedentes penales y oficiar a entidades públicas como la DIAN, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el INPEC y la Oficina de Migración, e incluso a empresas privadas de telefonía para que informen si tienen conocimiento de los datos de ubicación de las personas citadas.

Esta es una disposición que si bien no encontramos en el Código de Procedimiento Civil, hace parte de una serie de medidas que el Defensor de Familia en su condición de rector del proceso puede realizar para garantizar la comparecencia de las personas a su despacho a efectos de notificación y garantía del debido proceso. Es una disposición novedosa que consideramos de vital importancia dado que activa el Sistema Nacional de Bienestar Familiar a favor del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en el que se pretende garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Cabe anotar que esta medida para obtener los datos de contacto de los interesados no podría verse como una forma de notificación, sino como una herramienta para lograr determinar la ubicación de los citados para proceder a la notificación personal o por aviso y que en todo caso se debe establecer un término máximo para que se dé respuesta por parte de dichas entidades, pues no se puede

esperar indefinidamente dicha respuesta sin que se tomen las medidas necesarias para la efectividad de la notificación e impulso de las demás etapas del proceso.

- ✓ Se establece que la publicación en pagina web y en medio masivo de comunicación procede no solo en los casos en que se desconozca la identificación y paradero de las personas a citar, sino cuando conocido el paradero de la persona interesada o implicada, se allega al proceso el resultado de la comunicación del correo postal con la constancia de su entrega pero el citado no concurre en el término señalado. Esta en nuestro concepto es una norma garantista que va mas allá de lo establecido en la norma y amplía el espectro de las personas a comparecer en el proceso, de tal forma que se asegura el conocimiento por todas las formas disponibles en la actualidad.

De otra parte en el acápite 26 del proyecto de Guía para el Proceso de Restablecimiento de Derechos, se establecen normas especiales para la notificación del fallo, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, procede por estrados y estado, dependiendo si las partes comparecieron a la audiencia o no. Respecto de la notificación por estado, no obstante lo establecido en el literal b) del numeral 26.1, está acorde con lo establecido en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, es importante hacer la claridad que la figura de la Secretaria no existe en los Centros Zonales, por lo cual dicha notificación se debe realizar por la autoridad administrativa y en un lugar visible del Centro Zonal.

Como recomendaciones al proceso de notificaciones tenemos las siguientes:

- Consideramos que si bien la notificación de las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos, se debe cumplir de acuerdo con lo establecido en la Ley 1098 y el Código de Procedimiento Civil a efectos de garantizar el debido proceso y evitar nulidades y devoluciones en sede de homologación, se pueden establecer tal como se propone en el documento Guía para el Proceso de Restablecimiento de Derechos, medios adicionales para dar publicidad a las decisiones de los Defensores y garantizar su conocimiento a las partes, para lo cual consideramos que además de la notificación por aviso que establece la ley para las demás decisiones que se tomen en el curso del Proceso, se realice una publicación en un lugar visible del Centro Zonal donde se comuniquen dichas decisiones, similar a un estado en los despachos judiciales, en el que se incluya la identificación del proceso, el nombre del niño, niña o adolescente, los nombres de los padres y la decisión que se adopto, con lo cual, se podría garantizar que las partes que se presentan al Centro Zonal para revisar las actuaciones surtidas tengan un medio rápido y efectivo de conocerlas, amén

de la notificación por aviso de la cual se debe dejar constancia en el expediente y de la garantía de revisar el proceso por las partes.

- Se debe establecer la obligación de entregar el Auto de Apertura de investigación al notificado en la diligencia de notificación personal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, así como la remisión de dicho Auto en el aviso en atención a lo dispuesto en el artículo 320 del mismo estatuto.
- Incluir los efectos de notificación a los interesados de la publicación cuando no se conozca la identidad ni paradero de quienes deban ser citados, en los términos indicados anteriormente, esto es, realizando una analogía en los términos de la notificación por emplazamiento del artículo 318, sin que proceda por ello la designación de curador ad litem.
- Es necesario revisar los procedimientos de notificación a la luz del nuevo Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, que entra en vigencia el 1 de enero de 2014, y establece nuevos procedimientos que modernizan la forma de realizar notificaciones. Veamos los cambios más significativos en esta norma:
  - ✓ Se permite que la citación que precede la notificación personal cuando se trate de personas naturales, se realice por correo electrónico, de lo cual se debe dejar constancia en el expediente con el impreso de recibido a la dirección de correo enviada y una vez agotados los términos para dicha citación sin que el citado comparezca a notificarse procederá la notificación por aviso.

También se permite que cuando proceda la notificación por aviso por no comparecencia del citado a la primera citación establecida para la notificación personal, se envíe dicho aviso a la dirección de correo electrónico cuando se tenga.

- ✓ La notificación personal podrá hacerse por un empleado del juzgado cuando en el lugar no haya empresa de servicio postal autorizado o el juez lo estime aconsejable para agilizar o viabilizar el trámite de notificación. Si la persona no fuere encontrada, el empleado dejará la citación que precede la notificación. Esta norma en nuestra opinión genera una amplia ventaja para el trámite y agilidad de los procesos administrativos, dado que permite que la notificación se realice de manera personal por un servidor del Despacho administrativo en el lugar de residencia de la parte, no en el Despacho Administrativo, esto a la fecha solo puede hacerse para efectos de dejar la citación, pues la notificación se debe realizar en el Despacho.

- ✓ Se permite que el interesado solicite al juez que se oficie a determinadas entidades públicas o privadas que cuenten con bases de datos para que suministren la información que sirva para localizar al demandado. Esto para el Proceso Administrativo de Restablecimiento es una concreción de la disposición que hoy se propone en el documento Guía para el Proceso de Restablecimiento de Derechos, que como mencionamos resulta un mecanismo idóneo y expedito para lograr la ubicación de los interesados.

#### **4. Garantía de derechos procesales de las partes**

La garantía de los derechos procesales de las partes si bien es un tema transversal al Proceso de Restablecimiento de Derechos, que debe garantizarse en todas las etapas, consideramos necesario incluirlo en este acápite de iniciación del mismo pues es el punto de partida tanto para la autoridad administrativa como para las partes. En este sentido nos referiremos a dos temas que son fundamentales para brindar garantía efectiva a las partes en sus derechos procesales.

En primer lugar, es necesario que el Defensor de Familia como autoridad administrativa y rector del proceso, le brinde a las partes<sup>10</sup> información detallada, veraz y oportuna sobre las etapas, actuaciones procesales y sus derechos en cada una. Esto por cuanto el Defensor de Familia además de ser la autoridad competente es el garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los procesos y también de las partes, en la medida que este proceso no requiere para la intervención la representación a través de apoderado.

Este tema fue evidenciado como un punto crítico en los talleres regionales con las autoridades administrativas y sus equipos interdisciplinarios, que contrario a lo indicado, consideran que la garantía del debido proceso, la defensa y demás derechos procesales corresponde a las partes y a sus apoderados, no al Defensor de Familia, por lo cual no se ofrece al usuario la información suficiente sobre los derechos de las partes y las actuaciones que se desarrollan en el curso del proceso.

Este punto es especialmente crítico y su abordaje con las autoridades administrativas sustancial, por cuanto debemos recordar que los usuarios del ICBF en la mayoría de los casos son personas en situación de vulnerabilidad, que no cuentan con los recursos económicos para sufragar los honorarios de un apoderado que vele por sus derechos y no tienen conocimientos jurídicos, por lo cual cuando se enfrentan a un proceso de restablecimiento de derechos están en una clara posición de indefensión frente a la administración, que debe brindar todos los elementos para que el usuario ejerza sus derechos en debida forma.

---

<sup>10</sup> Niño, familia, usuario e interesados.

No ofrecer información detallada a los usuarios sobre las actuaciones administrativas y sus derechos procesales como parte, en últimas generara mayores complicaciones a la administración, en la medida que los procedimientos estarán sometidos a dilaciones, equivocaciones e incluso nulidades por la ausencia de garantías.

Por lo anterior, es necesario que el Defensor de Familia informe detalladamente a las partes del objeto del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, las etapas, los derechos que tiene como parte, las decisiones que pueden adoptarse en su curso, así como los recursos que proceden y los términos para interponerlos, las medidas de restablecimiento de derecho establecidas en la ley y finalmente las consecuencias de un fallo en uno u otro sentido.

Consideramos que la iniciativa consagrada en el documento preliminar de Guía para la el Proceso de Restablecimiento de Derechos, de elaborar un informativo a la familia que se entregara a las partes en la diligencia de notificación personal, es acertada y genera la información básica que debe tener la familia cuando ingresa al Proceso, sin embargo, este informativo no puede suplir el acompañamiento y orientación que otorgue el Defensor de Familia a las partes durante todo el proceso.

De otra parte e íntimamente relacionado con la garantía de derechos procesales de las partes, nos encontramos con la publicidad del proceso a las partes o el derecho que les asiste a revisar y consultar el expediente donde reposan las actuaciones de su proceso, dado que de ninguna manera se podrá negar el acceso al expediente a las partes ni a solicitar copias cuantas veces lo requieran, pues es un presupuesto fundamental para que ejerza debidamente sus derechos procesales, en especial el de defensa.

El principio / derecho de publicidad, se refiere a que las actuaciones dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos no son susceptibles de reserva para las partes intervinientes, aun cuando la ley lo disponga para la generalidad de los particulares. Pese a existir diferencia en la doctrina procesal respecto de considerar la publicidad como principio o como regla técnica, nos decantamos en incluirlo como un principio orientador, entendiéndolo como aquél que “pretende que las actuaciones surtidas [...] no sean secretas; que sean difundidas especialmente a quienes tienen directo interés en ellas, con el objeto de evitar las injusticias de las tramitaciones secretas”.

La inclusión de la publicidad como principio orientador del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos tiene que ver con que es precisamente uno de los derechos esenciales que les asisten para poder ejercer plenamente todos sus demás derechos fundamentales.

Así, no puede hacerse una interpretación extensiva del numeral 5º del artículo 81 de la Ley 1098 de 2006 cuando dispone que uno de los deberes del Defensor de Familia es *“Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los servidores públicos de la Defensoría de Familia.”* Esta clase de reserva no puede ser considerada extensible a todo tipo de particulares, pues ello implicaría que los intervinientes o interesados en un PARD, pese a ésta calidad, tienen la misma condición de cualquier otro particular. Interpretar éste numeral, como parecen hacerlo recurrentemente las autoridades administrativas, implicaría obviar los derechos que tienen las partes en su condición de tales en cualquier proceso, y hace nugatorio el ejercicio de cada una de las facultades que tienden a proteger los principios orientadores del proceso.

No debe olvidarse que el artículo 29 constitucional señala el derecho a “un debido proceso público”, que es señalado por la Corte Constitucional así: *“la publicidad resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico-procesal (...) La publicidad es una exigencia sine qua non para que pueda existir contradicción a lo largo del proceso”.*

Por lo anterior, y tal como lo señalamos, las partes tienen el derecho de consultar el expediente cuantas veces lo requieran, incluso si el Defensor de Familia no se encuentra en el Despacho o se encuentra ocupado, igual derecho le asiste a las personas debidamente autorizadas por las partes, tales como, sus apoderados, pues la reserva del proceso de adopción únicamente se predica de las actuaciones una vez la sentencia de adopción se encuentre ejecutoriada.

### **5. Competencia del Defensor o Comisario de Familia (conflictos de competencia)**

El código de la Infancia y la Adolescencia delimita claramente la competencia entre Comisarios y Defensores de Familia indicando que su ámbito competencial se encuentra en la protección de las víctimas de violencia intrafamiliar, reforzando las normas específicas sobre la materia, mientras que el Defensor de Familia es la autoridad administrativa por excelencia en el ámbito del restablecimiento de derechos, y solo en caso de que esta autoridad no se encuentre en el municipio será competente de manera subsidiaria el Comisario de Familia o el Inspector de Policía.

Tanto se ha hablado de la competencia de estas dos autoridades administrativas que el Decreto 4840 de 2007 se encargó de la denominada competencia concurrente en el entendido que se presenta cuando en el municipio existen ambas autoridades. Así el artículo 7 estableció que el criterio diferenciador de competencias para los efectos de restablecimiento de derechos, será el contexto de la violencia intrafamiliar.

El tema no ha sido pacífico y en estos seis años de vigencia del Código se han presentado múltiples conflictos de competencia que de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984 y con la nueva Ley 1437 de 2011 que entro en vigencia el 2 de julio de 2012), corresponde a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estudiarlos y dirimirlos<sup>11</sup>.

El Consejo de Estado en providencias recientes<sup>12</sup>, y para los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes ocurridos en el ámbito familiar, ha determinado que la competencia reside en los Comisarios de Familia en primera instancia, toda vez que es una forma de violencia que en la medida que se suscita en la familia, la debe conocer el Comisario de Familia:

---

<sup>11</sup> **Decreto 01 de 1984, artículo 33.** *“Funcionario Incompetente. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.*

*PARÁGRAFO. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes”.*

**Ley 1437 de 2011, artículo 39.** *“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.*

*De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.*

*En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno. Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán”.*

<sup>12</sup> A manera de ejemplo citamos las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia de treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), expediente No. 11001-03-06-000-2011-00082-00, Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia de cinco (5) de diciembre de dos mil once (2011), expediente No. 11001-03-06-000-2011-00083-00, Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra.

*“El artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ley 1098 de 2006, establece que las defensorías de familia están “encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Ninguna de las funciones que al Defensor de Familia asigna la ley 1098 de 2006 y, en particular, el artículo 82, donde se enumeran detalladamente, guarda relación con la amenaza o vulneración de los derechos dentro de circunstancias de violencia intrafamiliar.*

*En cambio, el artículo 83 de la misma ley asigna expresamente a las comisarías de familia la misión de “prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar”*

*En atención a las razones expuestas encuentra la Sala que, si bien puede ser cierto que los CAIVAS están especialmente capacitados para brindar atención sicosocial a las víctimas de abuso sexual, ello no desvirtúa la regla legal expresa en virtud de la cual corresponde a las Comisarías de Familia garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de todos los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar, como ocurre en el caso presente”.*

Esta interpretación del Consejo de Estado especialmente para los casos de abuso sexual, resulta preocupante y en nuestro concepto equivocada, dado que pone al Comisario de Familia como la autoridad administrativa por excelencia del restablecimiento de derechos, exonerando de competencia al Defensor de Familia, quien solo conocerá del abuso sexual de manera subsidiaria y cuando no sea cometido por miembros de la familia y como lo demuestran las estadísticas de medicina legal, la mayoría de los eventos de abuso sexual se cometen por miembros de la familia.

Con esta interpretación se llegaría al absurdo de que en todos los casos de abuso sexual en los que sea víctima un niño, niña o adolescente y el victimario sea un miembro de la familia, adelantaría todo el proceso el Comisario de Familia y cuando en su concepto proceda la declaratoria de adoptabilidad, deberá remitirlo al Defensor de Familia para que la declare, quedando la competencia del Defensor limitada a conocer casos de vulneración de derechos fuera del contexto de la familia, esto es, cuando sea por la actuación de un tercero y a declarar la adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes cuando la vulneración se haya suscitado en la familia.

Esta interpretación como lo dijimos, vacía la competencia del Defensor de Familia y en nuestra opinión va en contra de la garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de lo establecido en el Código de la Infancia y



la Adolescencia, que precisamente consagro que la única autoridad competente para declarar la adoptabilidad es el Defensor de Familia, por cuanto es la autoridad especializada en materia de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y esta decisión sustancial para el sujeto de derecho no puede ser tomada por otra autoridad cuya competencia otorga la ley de manera subsidiaria.

Resulta tan preocupante la interpretación del Consejo de Estado que de su aplicación literal llegaríamos a absurdos tales como que en los municipios donde no haya Comisario de Familia pero si Defensor de Familia y se presenten maltratos o abusos sexuales en el núcleo familiar, ¿Quién sería el competente para conocer el caso? ¿el Defensor de Familia o el Inspector de Policía?, dado que si falta la autoridad competente la norma de competencia subsidiaria habla en su orden de Defensor, Comisario e Inspector, orden que no puede ser modificado a su acomodo por el interprete, luego, se podría radicar en cabeza del Inspector de Policía, quedando el Defensor completamente al margen del proceso y esperando la remisión del expediente en caso de declaratoria de adoptabilidad, pero sometido el ICBF a la ejecución de las medidas dictadas por el Inspector.

Consideramos que esta interpretación debe ser revisada integralmente por el Consejo de Estado, pues el criterio diferenciador para estos casos debe ser la necesidad de restablecimiento de derechos del niño, niña o adolescente y puede ser fruto del no conocimiento por parte del Consejo de Estado de las normas y lógica del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos que como lo dijimos tiene una naturaleza compleja, cuya prevalencia y remisión se hace ante las normas procesales civiles no administrativas. Esta naturaleza se ve especialmente reforzada por el nuevo Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, cuya vigencia inicia gradualmente el 1 de enero de 2014), cuando establece en su artículo 21 numeral 16, que corresponde a los Jueces de Familia en única instancia conocer de los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre defensores de familia, comisarios de familia, notarios e inspectores de policía, con lo cual se releva al Consejo de Estado de conocer dichos conflictos, dada la especialidad del tema.

Por lo anterior, a partir del 1 de enero de 2014 la competencia para conocer de los conflictos de competencia de los Defensores de Familia, Comisarios de Familia, Notarios e Inspectores de Policía, corresponderá a la Jurisdicción de Familia, no a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

## **6. Garantías en materia principios orientadores del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos**

Los principios que inspiran las actuaciones de las autoridades en materia de infancia y adolescencia y especialmente el Proceso Administrativo de

Restablecimiento de Derechos, se encuentran en los artículos 7, 8, 9, 10 y 12 del Código (protección integral, interés superior del niño, prevalencia de derechos, corresponsabilidad y perspectiva de género) y son las normas sustanciales que orientan y dirigen las decisiones que se toman en dicho procedimiento.

Sobre el carácter práctico de dichos principios se puede discutir teóricamente, sin embargo, es innegable que un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos que no tenga en cuenta estos principios, normalmente va a adolecer de soporte jurídico. Por eso afirmamos que el valor de los principios en el Proceso va mas allá de su simple mención y se convierten en auténticas normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para el interprete, tal como lo han manifestado los tratados internacionales sobre la materia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Así por ejemplo, el principio que tal vez mayor aplicación directa tiene en el Proceso, es el del interés superior del niño que no es solo un valor o un criterio de interpretación, sino que su aplicación es práctica y tangible en cada caso, de tal forma que todas las actuaciones y medidas que se adopten deben pasar por el filtro de dicho principio para determinar si es o no la más idónea y garantiza los derechos del niño, niña o adolescente.

Sobre el carácter y el contenido de este principio se ha pronunciado ampliamente la Corte Constitucional, indicando cuáles son sus principales elementos, como ayuda al operador jurídico para que cada decisión que tome la compare con estos y pueda determinar si es la que mejor se acomoda al interés superior de ese niño.

En primer lugar, la Corte ha manifestado que este principio es de carácter real, relacional y concreto, esto es, no obedece a un concepto de naturaleza abstracta que permita establecer formulas de aplicación inmediata y mecánica, sino que se debe establecer de acuerdo con las condiciones del niño y su entorno familiar, social y relacional:

*“Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”<sup>13</sup>.*

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional Sentencia T-497 de 2005; Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

De otra parte, para la Corte si existen algunos elementos que pueden orientar al intérprete u operador jurídico, para determinar si la decisión que se va a adoptar tiene en cuenta el interés superior, estos son:

*“5.1. La garantía del desarrollo integral del menor: De acuerdo con este criterio, se debe propender por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, en los aspectos físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, para fomentar la plena evolución de su personalidad y permitir convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad. 5.2. La garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor: De conformidad con este criterio, se debe garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales del menor consagrados en las leyes, en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, y especialmente aquéllos señalados en la Constitución, no sólo en el artículo 44 que se refiere a los derechos de los menores, sino en todas las disposiciones que aluden a derechos con tal naturaleza. 5.3. La protección del menor frente a riesgos prohibidos: Este criterio trae consigo la obligación de amparar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Algunos de estos riesgos se encuentran establecidos en la Constitución, otros en la ley (Código del Menor) y otros en los tratados internacionales ratificados por Colombia. No obstante, ninguna de estas enumeraciones agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular. 5.4. El equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor: Este criterio supone que el interés superior y prevalente del menor es un concepto relacional, que se predica de situaciones en las cuales se deben armonizar los derechos e intereses de un menor con los de otras personas, particularmente, los derechos de los padres biológicos o los de crianza. Ello significa que los derechos del menor no son absolutos o excluyentes. Sin embargo, de presentarse un conflicto, la solución deberá ser la que satisfaga de una mejor manera el interés superior del niño. 5.5. La necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado: De acuerdo con este criterio, los particulares o autoridades que se encuentren encargados de adoptar una decisión respecto al bienestar de un menor, deben hacerlo absteniéndose de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra el mismo, al momento de tomar la decisión. 5.6. La necesidad de tomar en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto que se decide: Este criterio, que tiene su fundamento en el artículo 44 de la Constitución y en los tratados*

*internacionales ratificados por Colombia, obliga tanto a los particulares como a las autoridades a escuchar, y tener en cuenta, la opinión expresada por un menor de edad, atendiendo a su edad y madurez, en aquellos asuntos que le afecten”.*<sup>14</sup>

Como podemos ver el interés superior del niño contiene casi en su totalidad los demás principios establecidos en el Código, tales como la prevalencia de los derechos, la protección integral, entre otros, con lo cual podemos afirmar que en la medida en que se garantice dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos, este interés superior, se garantizaran los demás principios.

Uno de los elementos que ha definido la Corte como determinante dentro de lo que debe entenderse por interés superior del niño, es precisamente, escuchar al niño en todos los asuntos que le afecten y tener en cuenta sus opiniones atendiendo su edad y madurez. Este elemento en nuestro concepto es fundamental a la hora de tomar decisiones administrativas, dado que estas se toman respecto de una persona sujeto de derechos a quien se debe conocer y escuchar en desarrollo de lo que se ha denominado autonomía progresiva del niño, niña o adolescente y que consiste en concebir al niño como sujeto de derechos cuya autonomía a medida que va creciendo aumenta. Sin embargo, esto no significa un ejercicio de autodeterminación sino de análisis de su decir en un contexto de análisis de las demás pruebas practicadas.

En los talleres regionales que se desarrollaron con autoridades administrativas, sus equipos interdisciplinarios e instituciones prestadoras de servicios de protección o de aplicación de medidas de restablecimiento, estas últimas y los equipos interdisciplinarios, identificaron como punto crítico la falta de individualización del niño en el proceso por parte de la autoridad administrativa, que se concreta en que los Defensores de Familia en muchos casos no conocen a los niños sobre quienes desarrollan los procesos administrativos, ni los entrevistan durante todo el proceso, lo cual genera un problema de identificación del niño y sus condiciones particulares y por ende decisiones que no se ajustan a la realidad de ese niño<sup>15</sup>.

Es por eso necesario que dentro del protocolo o guía para el proceso de restablecimiento de derechos, se incluya un aparte sobre la obligación que tiene la autoridad administrativa de conocer, identificar e individualizar al niño dentro de su proceso, así como de escucharlo y valorar sus opiniones en la toma de decisiones. Esto generara un mayor vínculo entre el Defensor de Familia y el niño, un mejor conocimiento del caso y toma de decisiones y se garantizara adicionalmente el

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Sobre este tema se manifestó en los talleres que en ocasiones el Defensor de Familia adopta las decisiones y medidas sin conocer al niño y durante el proceso no tiene interacción ni una sola vez con él, no lo visita dentro de las instituciones para verificar las condiciones en las que se encuentra el niño.

principio de intermediación dentro del proceso por parte del Defensor de Familia como rector del proceso.

Respecto de los demás principios establecidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, nos referiremos a ellos a partir de su concepto:

- **Prevalencia de los derechos del niño:** establecido en el artículo 9 así: “en todo acto, decisión o medida administrativa o judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

Este principio se encuentra consagrado en la Constitución Política y como se puede observar tiene íntima relación con el interés superior del niño en la medida que en primer lugar, sirve de mandato para todas las autoridades en cuanto a las formas de garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, y en segundo lugar, debe ser apreciado en el caso concreto para la resolución de conflictos de derechos entre niños y adultos.

Adicionalmente este principio implica que siempre se aplique la norma más favorable a los intereses del niño.

- **Corresponsabilidad:** Consagrado en el artículo 10 así: “Para los efectos de este Código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado, son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia se aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niño, niñas y adolescentes.”

Principio consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, recogido por nuestra Constitución Política, que se refiere a que el Estado, la familia y la sociedad son responsables de la garantía y protección de los derechos

de los niños, las niñas y los adolescentes, y como tal deben concurrir de manera coordinada al cumplimiento de su deber. Este principio implica un cambio sustancial con la anterior concepción del derecho de infancia, en el cual el Estado únicamente asumía responsabilidades cuando la familia faltaba o era incapaz de garantizar los derechos los niños.

- **Perspectiva de género:** Consagrado en el artículo 12 así: “se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en grupo social. Este perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este Código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad”.

Es un principio que es propio del proceso de especificación que han tenido los derechos de las mujeres, tendientes a reconocer la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres, la prohibición de discriminación por razón del género y la necesidad de establecer una protección especial a la mujer de acuerdo con sus características y necesidades especiales.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que hace parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 51 de 1981, establece en su artículo 4 la obligación de los Estados Parte de adoptar “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”, las cuales de ninguna manera podrán considerarse como discriminatorias de los derechos de los hombres.

“La perspectiva de género no es solamente el reconocimiento de las diferencias físicas o biológicas entre uno u otro sexo; dicha perspectiva es la obligación que les asiste a todas las autoridades públicas de reconocer a los géneros las diferencias sociales, culturales, familiares, afectivas y la forma como uno u otro construyen en la sociedad dinámicas propias y diversas que les hacen acceder y ejercer los derechos de forma distinta.

De allí la necesidad de que todas las entidades de todos los órdenes establezcan acciones de discriminación positiva a favor de uno u otro género según uno u otro requiera para impulsar que las diferencias e iniquidades de uno u otro puedan ser superadas; por eso es necesario además que se aplique la perspectiva de género en las políticas públicas, en los programas y en las acciones que diseñen las entidades nacionales, departamentales, distritales y municipales responsables de la garantía, prevención y protección de los derechos de la niñez y la adolescencia” .

Sobre la aplicación de este principio la Corte Constitucional ha manifestado:

“Para la Sala, de lo anterior se deriva que la protección normativa que brinda el orden jurídico en materia civil y comercial a menores de edad, se debe enmarcar dentro de los criterios constitucionales anteriormente expuestos. Esto significa por un lado, que las autoridades deben dispensar un trato igual en la aplicación de las leyes (igualdad ante la ley) a menores y que a su turno, está en cabeza del legislador la obligación de brindar mediante las leyes una protección igualitaria (igualdad de trato o igualdad en la ley) a las niñas y a los niños, con la prohibición expresa de incluir diferencias en las mismas por razón del género (prohibición de discriminación). Por otro lado, se encuentra el deber constitucional de trato preferente de las autoridades y también del legislador a grupos discriminados y a sujetos de especial protección.

Esto denota en el presente caso, que la cláusula general de igualdad del artículo 13 de la Constitución se articula con los artículos 43, 44 y 45 de la misma. Con lo que se constituye la coexistencia en nuestro orden constitucional de los dos principios que a juicio de esta Corte establecen el parámetro de estudio constitucional de las normas acusadas. Estos principios son: (i) la prohibición expresa de discriminación por razón de sexo y (ii) la determinación del grupo de las mujeres y del grupo de menores de edad como grupos de especial protección.

La prohibición expresa de discriminación por razón de sexo de la cláusula de igualdad contempla igualmente una excepción. Esta consiste en que el trato normativo diferenciado por razón de sexo que la Constitución prohíbe es aquel que es desfavorable. Pues, al tenor de los incisos 2º y 3º del mismo artículo 13 y del artículo 43 superior, dicha prohibición convive en nuestro sistema jurídico junto con el deber de proteger -dictando las medidas necesarias para ello - reforzada y especialmente a las mujeres. Lo que hace viable que a partir de la Constitución no sólo se permita sino que se obligue a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a las mujeres, para favorecerlas. De este criterio, surge de la posibilidad - y en ocasiones la obligación-, de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protección especial (acciones afirmativas). Por lo anterior, para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta”.

Como podemos observar este principio debe ser usado por las autoridades conjuntamente con el interés superior del niño para resolver cualquier asunto a favor de los niños, niñas y adolescentes.

### III. PERIODO PROBATORIO

#### Tiempo y oportunidad de práctica de pruebas

De acuerdo con lo establecido por el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, las pruebas en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, pueden decretarse dentro o fuera de audiencia, pero en todo caso su práctica debe garantizarse dentro de ella.

No se establece un tiempo para el periodo probatorio que se entiende abierto en el momento del decreto de las pruebas por parte de la autoridad administrativa y su culminación se da con el fallo, por lo cual el periodo probatorio del Proceso no es de carácter cerrado, por el contrario las partes y el Defensor de Familia cuentan con amplios poderes para la solicitud y decreto de pruebas, siempre y cuando se salvaguarden las ritualidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil respecto de su práctica e incorporación al proceso.

Así por ejemplo, toda solicitud de pruebas de las partes debe ser estudiada y decidida por la autoridad administrativa, decretándolas o negándolas mediante Auto y en todo caso notificando a las partes las decisiones que uno u otro sentido se adopten, para que en ejercicio de su derecho de solicitar pruebas pueda reponer el Auto en los aspectos en los que no se encuentren de acuerdo. En todo caso antes del fallo se deben haber resuelto todas las solicitudes de pruebas y recursos relacionados con estos, pues en caso de no hacerlo, el proceso podría estar afectado de nulidad por violación del debido proceso.

No se trata de resolver una y otra vez las solicitudes reiterativas de las partes, pues en este punto se aplican como ya dijimos las reglas del Código de Procedimiento Civil que no permite que se interponga recurso de reposición sobre el Auto que resolvió el recurso, luego una vez la parte solicite una prueba y el Defensor de Familia decida negarla mediante Auto debidamente motivado y notificado en el cual se presenten las razones de inconducencia o impertinencia, la parte podrá hacer uso del recurso de reposición sobre ese Auto por una sola vez y el Defensor de Familia deberá resolver el recurso estudiando todas las razones expresadas por la parte, sin que sobre esa decisión proceda recurso alguno.

**¿Como se notifican estos autos de decreto de pruebas y los que resuelven los recursos de reposición sobre los mismos?** De acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia, si fueron emitidos en Audiencia se notifican en estrados y allí se deben interponer los recursos y decidirlos, mientras que si fueron



emitidos fuera de Audiencia se deben notificar por aviso. Consideramos que en aras de garantizar aun más el debido proceso, se podría publicar en cartelera las decisiones adoptadas en este sentido por los Defensores de Familia, a través de un estado en el cual se identifique el proceso, las partes y la decisión adoptada “Auto que decreta o niega pruebas”, “Auto que resuelve un recurso”. Con esto se garantizara que las partes cuando se acerquen al Centro Zonal conozcan las decisiones adoptadas dentro del proceso, sin que se pueda alegar más adelante, indebida notificación y violación del debido proceso.

No sobra recordar que no se pueden practicar pruebas ni tenerlas en cuenta para el fallo sino fueron debidamente incorporadas al proceso, mediante un Auto que las decrete y que las partes hayan podido conocer y ejercer su derecho de contradicción. Este punto fue sugerido en los talleres regionales en los que se manifestó que en ocasiones se practicaban pruebas fuera del proceso y eran tenidas en cuenta por la Autoridad Administrativa, respecto de lo cual, la conclusión es una sola: nulidad de lo actuado y violación del debido proceso.

Sobre la práctica de las pruebas en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, de acuerdo con el artículo 100, debe realizarse en audiencia, lo cual no quiere decir que se deba realizar una única audiencia que deba agotarse en una sola jornada, pues una vez la autoridad competente abra la audiencia, esta podrá suspenderse y fijar nuevas fechas para continuarla, cuantas veces sea necesario y sin que se exceda del término máximo para fallar. Asimismo, una vez abierta la audiencia, la autoridad competente deberá garantizar como mínimo lo siguiente:

- Dejar constancia de todas las audiencias que se desarrollen dentro del proceso.
- Notificar todas las decisiones adoptadas en la misma a las partes, las cuales se entenderán notificadas en estrados, con la indicación de los recursos que proceden y dejando constancia de dicha notificación.
- Dar traslado a las partes de todas las pruebas allegadas al proceso y permitir su contradicción, por ejemplo, el contrainterrogatorio a los testigos, solicitar aclaraciones o complementaciones a los dictámenes emitidos por el equipo interdisciplinario.

#### **IV. FALLO**

El fallo en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de acuerdo con el Código de la Infancia y la Adolescencia, se da una vez agotado el periodo probatorio en audiencia, el cual se notificara a las partes en estrados para quienes asistieron y por estado para los ausentes.

Varios elementos deben ser tenidos en cuenta por la autoridad administrativa a la hora de emitir el fallo:

### **1. El termino para emitir el fallo:**

El artículo 100 en su párrafo 2 establece un término perentorio de 4 meses prorrogables por dos meses más, para emitir el fallo dentro de la actuación administrativa. Este término decimos es perentorio, dado que una vez se cumple sin que se 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, con la remisión a la Procuraduría General de la Nación para que promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. Cabe destacar que toda actuación posterior al termino establecido en la norma (sean los 4 meses iniciales o los 6 como consecuencia de la prorroga otorgada por el Director Regional) por parte del Defensor de Familia o autoridad administrativa que haya perdido la competencia, está viciada de nulidad absoluta y no genera efecto alguno, dado que sería adoptada por un funcionario que carece de competencia.

Este término para fallar establecido en la norma, ha suscitado interpretaciones en las autoridades administrativas respecto de lo que representa, y especialmente del contenido del propio termino, en el entendido de que el funcionario lo ha interpretado como un término máximo para el restablecimiento del derecho.

Las autoridades administrativas y sus equipos interdisciplinarios en los talleres regionales desarrollados, coincidieron en afirmar que este término era el máximo establecido en la norma para lograr el restablecimiento de los derechos del niño, por lo cual lo consideran extremadamente corto y que debe ser objeto de una reforma de carácter legal, por la imposibilidad de su cumplimiento.

Esta interpretación es equivocada, pues el termino de carácter perentorio establecido en la norma, obliga a la autoridad administrativa a emitir una decisión de fondo respecto del restablecimiento de derechos y el decreto de una medida para el mismo, no para el restablecimiento absoluto del derecho, no obstante no es posible que el propio restablecimiento coincida con el termino establecido para el fallo, por lo cual no hay motivo para equiparar uno y otro.

Esta interpretación consiste en la confusión entre termino para fallar y para el restablecimiento de derechos propiamente dicho, pues si bien con el fallo la autoridad administrativa emite una resolución de fondo sobre el asunto y determina si el niño se encuentra vulnerado en sus derechos y adopta la medida administrativa que considera apta para su restablecimiento, es claro que este no se dará sino como consecuencia de la ejecución de dicha medida, no de manera inmediata a ella, pues en caso contrario el restablecimiento estaría vinculado a una actuación formal de la autoridad, no a la realidad del niño, niña o adolescente.

Es por esto que consideramos que no hay lugar a una reforma de carácter legal para modificar el término para fallar, pues una vez emitido el fallo, el restablecimiento concreto de los derechos del niño dependerá de la ejecución de la medida, con lo cual el seguimiento a la misma constituye un punto clave del restablecimiento. Bajo esta lógica funciona el Código cuando establece en el artículo 103 que la autoridad administrativa que haya adoptado las medidas de protección, podrá modificarlas o suspenderlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas, salvo cuando se haya homologado por el Juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción. Reconoce el Código que las medidas podrán ser modificadas incluso después de la adopción del fallo, situación que no se permitiría si se entendiera que el término para fallar es el mismo para que se produzca el restablecimiento de derechos.

Ahora cabe preguntarse entonces, **¿Cuál es el termino máximo para el restablecimiento de derechos si no coincide con el termino para fallar?** este término está delimitado por la propia norma a la duración máxima de la medida de restablecimiento en el caso del hogar sustituto y hogar de paso, y en cada caso es diferente, no obstante consideramos que el termino establecido en el artículo 59 del Código respecto de la duración de la medida de ubicación en hogar sustituto es un indicativo de la duración máxima en el que debe surtirse el restablecimiento, pero sin que se entienda como camisa de fuerza para todos los casos, pues como dijimos solo la ejecución de la medida adoptada, en el caso concreto, podrá determinar este término.

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.

## **2. Los recursos procedentes**

Contra el fallo emitido en el Proceso de Restablecimiento de Derechos proceden de acuerdo con el artículo 100, los recursos de reposición<sup>16</sup>, de revisión y de homologación cuando se trate de declaratoria de adoptabilidad.

---

<sup>16</sup> Debemos recordar que el recurso de reposición procede para todos los Autos emitidos por la autoridad competente, dentro de los que encontramos por ejemplo, el de apertura del proceso, el que niega la apertura, el que decreta pruebas o las niega, y en fin las demás decisiones que se tomen en el curso del proceso, los cuales se notifican a las partes en estrados o mediante aviso, informándoles los recursos que proceden.

Estos recursos deben interponerse en el caso del de reposición, verbalmente dentro de la audiencia en la que se adopto el fallo o dentro de los 3 días siguientes a su notificación por estado cuando las partes no asistieron a la audiencia, para lo cual la autoridad administrativa contara con 10 días para resolver el recurso.

En el caso de la homologación esta procede a solicitud de las partes y el Ministerio Publico, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la declaratoria de adoptabilidad cuando se hicieron parte dentro del proceso, y dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la Resolución a solicitud de las personas a cuyo cargo estuviere el niño, niña o adolescente aunque no hubieran comparecido al proceso.

Finalmente en el caso de la revisión que consideramos un autentico recurso dentro del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, debemos indicar que no obstante el Código no establece el termino para interponer dicho recurso, en nuestro criterio se debe interponer dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del fallo.

Sobre la naturaleza y la propia existencia de este recurso, tanto el Código de la Infancia y la Adolescencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y actualmente el Código General del Proceso, han determinado su existencia y elementos básicos. En el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia se establece dentro de los asuntos que son competencia del Juez de Familia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, en los casos previstos en la ley. Asimismo, el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, que entra en vigencia el 1 de enero de 2014, establece en su artículo 21 numeral 19 que es competencia de los jueces de familia en única instancia conocer de “La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia, el comisario de familia y el inspector de policía en los casos previstos en la ley”.

Por su parte la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular indicando que la revisión del Juez de Familia de las decisiones adoptadas por los Defensores de Familia y los Comisarios de Familia, es un recurso idóneo, eficaz y expedito para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos, regulación de visitas y cualquier otra circunstancia de diferente naturaleza pero con incidencia directa en las relaciones familiares, por lo cual en estos casos procede este recurso antes que la tutela por ser un mecanismo mucho más efectivo que el amparo constitucional:

*“En primer término, el ordenamiento jurídico prevé una vía judicial idónea, eficaz y expedita ante los jueces de familia para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos y regulación de visitas de los menores, así como para revisar las decisiones*

administrativas proferidas por los Defensores de Familia sobre estos mismos aspectos, tal como está planteado en esta oportunidad.

Ciertamente, el Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006) en los artículos 119 y 121 establece plazos perentorios para tramitar los asuntos que allí se inicien, como también la facultad para que el juez de familia adopte las medidas de urgencia en determinadas circunstancias en que así se requiera. Dicen las normas:

“Artículo 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, **en única instancia**:

(...)

**2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.**

(...)

**PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.**

(...)

Artículo 121. INICIACIÓN DEL PROCESO Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS URGENTES. Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio.

**Al momento de iniciar el proceso el juez deberá adoptar las medidas de urgencia que la situación amerite para proteger los derechos del niño, niña o adolescente” (destaca la Sala).**

Como el Juez de Familia conoce de todas las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia de que trata la ley 1098 de 2006, entre ellas las referidas en los numerales 1° y 13 del artículo 82, relativas a “adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza”, así como “fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación”, las mismas pueden ser revisadas en ‘única instancia’ por tal autoridad judicial, quien deberá tramitar con prelación el asunto puesto a su

*conocimiento y decidir el mismo dentro del plazo improrrogable de los dos (02) meses siguientes. Asimismo, al momento de iniciarse este trámite, el juez de familia podrá y deberá adoptar las medidas de urgencia necesarias para salvaguardar los derechos de los niños si la situación lo amerita.*

*Así entonces, puede afirmarse que la legislación colombiana ha establecido de manera acertada, un mecanismo eficaz y urgente de protección inmediata de los derechos fundamentales que puedan ser desconocidos o amenazados por las autoridades de familia al momento de proferir sus decisiones como por cualquier otra circunstancia de diferente naturaleza pero con incidencia directa en las relaciones familiares. Incluso, puede afirmarse sin perplejidad alguna, que el plazo del trámite como de las medidas de urgencia con que cuenta el juez de familia en estos casos, es mucho más célere que el de la misma acción de tutela, pues no debe olvidarse que estos procesos de familia son de única instancia e indefectiblemente deben resolverse en dos meses, mientras que el amparo definitivo a través de la acción de tutela puede tardar hasta más de cinco meses”<sup>17</sup>.*

### **3. El contenido del fallo**

El artículo 101 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que la Resolución de fallo debe contener una síntesis de los hechos en que se funda, el examen crítico de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión, así como en caso de decreto de medidas de restablecimiento, por lo menos, la justificación e indicación de la forma de cumplimiento, la periodicidad de la evaluación.

En este punto es importante mencionar que si bien tanto las pruebas y el fallo se practican y emiten en audiencia, y esta es una sola desde su instalación hasta su cierre, por razones de tiempo y disponibilidad de la autoridad administrativa y de las partes puede suspenderse y programarse nueva fecha para su continuación, de tal forma que todas las actuaciones se surtan en audiencia, sin que ello signifique que esta se deba desarrollar de una vez, en un solo momento y día.

En el fallo deben expresarse claramente por la autoridad administrativa los hechos que dieron lugar a la iniciación de la actuación administrativa, las pruebas decretadas y practicadas y el merito que se le da a cada prueba, haciendo un relato cuidadoso y completo de todas y cada una de las pruebas practicadas, así como de los argumentos jurídicos para adoptar la decisión. Tal como lo dijimos en el acápite anterior, la autoridad administrativa antes de proferir el fallo, debe verificar que todas las pruebas solicitadas por las partes hayan sido objeto de estudio por el Despacho y se haya resuelto su decreto y practica, pues en caso de

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 514 de 2008.

existir pendientes de decreto o practica, puede generarse una vulneración al derecho de defensa y en consecuencia la nulidad de lo actuado, por incurrir en una vía de hecho<sup>18</sup>.

De acuerdo con el artículo 107 del Código en la resolución que declare la adoptabilidad o la vulneración de derechos, se ordenara una o varias de las medidas de restablecimiento consagradas en el mismo Código, que son las establecidas en el artículo 53. Si bien este artículo es claro y dispone la aplicación del artículo 53 que establece varias medidas dentro de las que encontramos, la amonestación, la ubicación en medio familiar o en programas de atención especializada y la adopción, entre otras, las autoridades administrativas están facultadas por dicha norma a adoptar otras medidas de carácter abierto, cuando señala que “además de las anteriores, se aplicaran las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”.

Esta norma establece una habilitación legal al Defensor para adoptar cualquier otra medida y lo invita a buscar dentro del ordenamiento jurídico o fuera de este, todo el universo de posibilidades para encontrar la medida que garantice el restablecimiento de los derechos acuerdo con el interés superior del niño, niña o adolescente. Así por ejemplo, la autoridad administrativa podrá adoptar medidas establecidas en las leyes de protección contra la violencia intrafamiliar cuando ellas sean conducentes y pertinentes para el restablecimiento o incluso medidas no consagradas en la ley, pero que sean idóneas para el mismo, como la orden a particulares o entidades publicas de cesar en la vulneración o la imposición de obligaciones de hacer para lograr el restablecimiento.

De otra parte, consideramos importante señalar que en los casos de prevención en la protección, esto es de la prevención de la amenaza que abordamos en el documento sobre el particular, la Resolución que declare la vulneración no será

---

<sup>18</sup> En esta vía de hecho por error factico se puede incurrir de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en los siguientes casos:

“(i) Omisión por parte del juez en el decreto y práctica de pruebas. La Corte ha considerado que se configura, cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, generando en consecuencia la indebida conducción al proceso “de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido.”

(ii) No valoración del material probatorio allegado al proceso judicial. Esta hipótesis tiene lugar, cuando la autoridad judicial a pesar de que en el respectivo proceso existen elementos probatorios, “omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.”

(iii) Valoración defectuosa del acervo probatorio. Así las cosas, esta Corporación ha entendido que solamente es posible acudir a la acción de amparo constitucional, invocando la existencia de un defecto fáctico, siempre y cuando el error en el juicio valorativo de la prueba, sea de tal entidad “que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia.” Corte Constitucional, Sentencia T- 916 de 2008 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

propiamente dicha de vulneración de derechos, dado que no se ha constatado dicha vulneración sino de amenaza de derechos, pues la autoridad competente esta decretando medidas para prevenir la vulneración una vez constatada la amenaza de los derechos, por lo cual en el resuelve sugerimos adoptar la denominación de “declarar la amenaza de los derechos” con la enumeración de las medidas y demás aspectos que exige la norma para el fallo.

## **V. MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS**

Si bien las medidas de restablecimiento de derechos son parte integral del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en la medida que siempre se adoptan en el curso del mismo, en este documento se mencionan tangencialmente y solo para efectos procesales propiamente dichos, pues consideramos que por su importancia y su carácter eminentemente sustancial, deben ser tratadas en un documento independiente que hace parte del trabajo realizado por el equipo consultor, por lo cual remitimos a su consulta.

## **VI. RECOMENDACIONES FINALES**

Adicionalmente a las recomendaciones realizadas en cada uno de los acápites del presente documento, presentamos como recomendaciones finales y con el objeto de cualificar las disposiciones administrativas sobre el Proceso de Restablecimiento de derechos, las siguientes:

1. Incorporar en los lineamientos y guías del ICBF relacionados con el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos las recomendaciones realizadas en este documento, tales como las esbozadas en materia de verificación de la garantía de derechos, apertura del proceso, notificaciones, desarrollo del proceso, etapa probatoria, garantías procesales y fallo.
2. Unificar y expedir un único Acto Administrativo de lineamiento o guía del Proceso de Restablecimiento de Derechos, dado que a la fecha se encuentra vigente el Lineamiento aprobado por la Resolución 5929 de 2010 y si se expide la guía del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se encontrarán dos documentos con igual fuerza normativa y que pueden contener contradicciones y generar confusión en las autoridades competentes y demás autoridades involucradas en el proceso.
3. Realizar jornadas de difusión y sensibilización con las autoridades competentes y sus equipos interdisciplinarios sobre las modificaciones y/o actualizaciones realizadas en los lineamientos del Proceso Administrativo de Restablecimiento, pues como manifestamos en el aparte sobre



notificaciones, en algunos casos los servidores manifiestan falta de conocimiento de los lineamientos nacionales y no obstante los mismos se encuentren acorde con la ley y la jurisprudencia, la practica en los Centros Zonales es otra.

4. Se debe actualizar y/o modificar el Sistema de Información Misional SIM en los aspectos relacionados con la verificación de derechos, de manera tal que se permita registrar el cierre mediante Auto de la verificación de derechos en los casos en que la autoridad competente decida no abrir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.
5. Es fundamental que los enlaces del proceso de atención al ciudadano en cada uno de los Centros Zonales conozcan a fondo el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y entiendan que su labor es de atención inicial, direccionamiento y orientación al usuario, no de toma de decisiones, pues ellas corresponden al Defensor de Familia.
6. Se deben eliminar en todos los Centros Zonales y comisarías de Familia las carteleras o avisos en los cuales se exija a los usuarios el registro civil de nacimiento, el carne de vacunación y de afiliación a la EPS, el certificado de estudio y demás documentos, como presupuesto de atención y de verificación de la garantía de derechos, toda vez que como lo manifestamos en el aparte correspondiente, esta práctica de trasladar la carga de la verificación al usuario es violatoria del derecho fundamental a la administración de justicia.