

# EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. ¿AMENAZA A LOS DERECHOS SUSTANCIALES DE LOS MENORES Y SUS PADRES?

*LIZCANO AMEZQUITA, Pedro Luis<sup>1</sup>*

Recibido: 27 de julio de 2017

Aceptado para publicación: 31 de octubre de 2017

Tipo: Artículo de Reflexión

## RESUMEN

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos, es una institución procesal administrativa en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), diseñada para garantizar la efectiva protección del interés superior del menor. Esta instancia faculta a defensores de familia para imponer medidas de protección y restablecimiento de derechos de los menores, orientados por conceptos integrales de un grupo interdisciplinar de profesionales al servicio del ICBF. Sin embargo, muchas de las medidas impuestas, no obedecen a criterios objetivos; y, por el carácter discrecional de la motivación de estas decisiones, en muchas ocasiones, se transgreden derechos fundamentales de menores y padres de familia. El principio del interés superior debe prevalecer en todas las actuaciones procesales en las que se involucren decisiones que afecten, modifiquen o restrinjan derechos de los menores y están determinadas a consideraciones de proporcionalidad, racionalidad y necesidad para que puedan garantizar eficazmente sus derechos. Estas medidas no pueden, aparentemente discrecionales, discriminar ni vulnerar los derechos fundamentales de los progenitores; y pueden dar lugar al establecimiento de la custodia y cuidado personal del menor en

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Santo Tomás de Aquino. Magister en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio, Universidad de Chile. LL.M International LLM, Ruprecht-Karls Universität Heidelberg-Alemania. Ph.D. (c) Universität Viadrina- Alemania. Docente de Derecho Civil General y Obligaciones, Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Docente de Derecho económico internacional, Fundación Universitaria Cervantina San Agustín.

cabeza de su padre biológico o en los padres de crianza. Lo contrario afectaría gravosa e irremediamente los derechos sustanciales de los sujetos involucrados.

**Palabras clave:** proceso administrativo de restablecimiento de derechos, custodia y cuidado personal, ponderación de derechos, equidad de género, interés superior del menor, medidas de restablecimiento de derechos.

## DOES THE ADMINISTRATIVE PROCESS OF RESTORATION OF RIGHTS THREATEN THE SUBSTANTIAL RIGHTS OF CHILDREN AND THEIR PARENTS?

### ABSTRACT

The administrative process of restoration of rights, is an administrative procedural institution headed by the Colombian Family Welfare Institute (ICBF), *acronym in Spanish of “Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”*, designed to ensure effective protection of the best interests of the child. This instance empowers family to advocate imposing measures to protect and restore the rights of children, guided by integral concepts of an interdisciplinary group of professionals at the service of the ICBF. However, many of the imposed measures do not obey any objective criteria; and, due to the discretionary nature of the motivation of these decisions, on many occasions fundamental rights of children and parents are broken. The principle of best interest must prevail in all procedural actions involving decisions affecting, modifying or restricting the rights of children and are determined by considerations of proportionality, rationality and necessity so that they can effectively guarantee their rights. These measures, apparently discretionary, cannot discriminate or break the fundamental rights of the parents; and may result in the establishment of custody and personal care of the child in the head of their biological father or in the foster parents. Otherwise, the substantial rights of the subjects involved would be seriously and irremediably affected.

**Keywords:** administrative process of restoration of rights, custody and personal care, deliberation of rights, gender equity, best interests of the child, measures to restore rights.

## O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESTAURAÇÃO DE DIREITOS. AMEAÇANDO OS DIREITOS SUBSTANCIAIS DAS CRIANÇAS E SEUS PAIS?

### RESUMO

O processo administrativo de restabelecimento de direitos é uma instituição processual administrativa liderada pelo Instituto Colombiano de Bem-Estar Familiar (ICBF), destinada a assegurar a proteção efetiva do interesse superior da criança. Este órgão capacita os defensores da família a impor medidas para proteger e restaurar os direitos dos menores, guiados por conceitos integrais de um grupo interdisciplinar de profissionais a serviço do ICBF. No entanto, muitas das medidas impostas não obedecem a critérios objetivos; e, devido à natureza discricionária da motivação dessas decisões, em muitas ocasiões os direitos fundamentais de menores e pais são violados. O princípio do interesse superior deve prevalecer em todas as ações processuais que envolvam decisões que afetem, modifiquem ou restrinjam os direitos dos menores e sejam determinadas por considerações de proporcionalidade, racionalidade e necessidade, para que possam efetivamente garantir seus direitos. Estas medidas não podem, aparentemente a seu critério, discriminar ou violar os direitos fundamentais dos pais; e pode resultar no estabelecimento de custódia e cuidado pessoal da criança na cabeça de seu pai biológico ou nos pais adotivos. Caso contrário, os direitos substanciais dos sujeitos envolvidos seriam seriamente e irremediavelmente afetados.

**Palavras-chave:** processo administrativo de restabelecimento de direitos, custódia e cuidados pessoais, ponderação de direitos, equidade de gênero, melhores interesses do menor, medidas para restabelecer direitos.

## LE PROCESSUS ADMINISTRATIF DE RESTAURATION DES DROITS MENACE-T-IL LES DROITS SUBSTANTIELS DES ENFANTS ET DE LEURS PARENTS?

### RÉSUMÉ

Le processus administratif de rétablissement des droits est une institution procédurale administrative dirigée par l'Institut colombien de protection de la famille (ICBF), *acronyme de l'espagnol « Instituto Colombiano de Bienestar Familiar »*, conçu pour assurer une protection efficace de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette instance permet à la famille de préconiser des mesures visant à protéger et à restaurer les droits des enfants, guidées par les concepts intégraux d'un groupe interdisciplinaire de professionnels au service de l'ICBF. Cependant, nombre des mesures imposées n'obéissent à aucun critère objectif. et, en raison de la nature discrétionnaire de la motivation de ces décisions, les droits fondamentaux des enfants et des parents sont souvent bafoués. Le principe de l'intérêt supérieur doit prévaloir dans toutes les actions procédurales impliquant des décisions affectant, modifiant ou restreignant les droits de l'enfant et déterminé par des considérations de proportionnalité, de rationalité et de nécessité afin qu'elles puissent effectivement garantir leurs droits. Ces mesures, apparemment discrétionnaires, ne peuvent discriminer ou briser les droits fondamentaux des parents; et peut donner lieu à la mise en place de la garde et des soins personnels de l'enfant dans la tête de leur père biologique ou dans les parents adoptifs. Autrement, les droits substantiels des sujets impliqués seraient gravement et irrémédiablement affectés.

**Mots-cles :** processus administratif de rétablissement des droits, de garde et de soins personnels, délibération des droits, équité entre les sexes, intérêt supérieur de l'enfant, mesures de rétablissement des droits.

## INTRODUCCIÓN

La convención de los derechos del niño de 1989, introdujo un nuevo concepto de obligatorio acatamiento en materia de protección de los derechos del menor, en su artículo 3 instituyó:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Art. 3, párr. 1)

Este importante principio fue incluido en la reforma constitucional de 1991 y, desde entonces, ha sido ampliamente interpretado y reiterado por la honorable corte constitucional de nuestro país. Este principio tiene su definición en la sentencia T-794 de 2011, cuyo magistrado ponente fue Jorge Iván Palacio, como *“la prevalencia jurídica que les es otorgada a los niños, con el fin de dar un tratamiento preferencial en comparación con que reciben los demás sujetos de derechos”*.

El menor, como sujeto de derechos, tiene una especial condición de vulnerabilidad e inferioridad que lo pone en una situación desequilibrada frente a los derechos de las otras personas, por lo cual, el Estado debe ajustar como prioritaria esa sobrecarga para evitar una eventual vulneración de sus derechos.

El interés superior representa todos y cada uno de los derechos del menor, recogidos en este como una obligación interpretativa en las actuaciones legales y administrativas que se susciten en el caso de encontrarse un conflicto, bien sea entre los menores y sus padres, entre los menores y otros particulares, entre los menores y el estado y en algunos casos en la colisión de derechos entre los mismos menores (Lizcano, 2014).

En las actuaciones administrativas que se adelantan dentro del ICBF, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos cobra una vital importancia para garantizar el interés superior del menor. En este contexto, la ley ha reconocido a los defensores de familia, una amplia discrecionalidad para imponer medidas de restablecimiento de derechos que, a su juicio, consideren necesarias, interviniendo las relaciones familiares del menor para garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

No obstante, esta discrecionalidad, de alguna manera, puede ser una potestad absoluta; por el contrario, está limitada por criterios jurisprudenciales ampliamente desarrollados por la honorable corte constitucional de Colombia. Los defensores de familia no pueden imponer medidas de restablecimiento de derechos de forma injustificada y arbitraria, pues se requiere motivar muy profundamente la *“necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales”* tal y como lo establece la Sentencia T-557 de 2011 de la corte constitucional de Colombia.

## MÉTODO

Para el desarrollo de la presente investigación, la metodología aplicada fue de tipo descriptivo-documental, con énfasis en el estudio del caso. A partir de la propia experiencia profesional en litigio del autor, y de la comparación con fuentes directas tanto en la legislación aplicable como en la doctrina y la jurisprudencia vigentes, se ha discutido y abordado uno de los más arduos problemas en torno a la problemática en estudio.

El problema de investigación fue el siguiente: ¿Existe una facultad discrecional desbordada en cabeza de los defensores de familia que pueda perjudicar el interés superior del menor y los derechos fundamentales de la familia? Para responderla de manera adecuada, se planteó como objetivo general, el siguiente: determinar los límites y criterios de ponderación exigibles a los defensores de familia en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos.

El presente escrito continúa una profunda investigación académica, que cuenta con una publicación previa divulgada en el centro de investigación y extensión de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, titulada *“El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños”*.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La ley de infancia y adolescencia define también el principio del interés superior del menor en su artículo octavo, como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*. Este principio es el fundamento

positivo que reúne los elementos fundamentales de los menores y representa el espíritu del derecho de familia en Colombia.

Los derechos de los menores tienen una especial protección en Colombia. El legislador le ha entregado una prevalencia condicionada a los mismos cuando se encuentren sus derechos en colisión con los derechos de terceros, entre ellos los de sus padres. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana ha tenido un amplio y brillante desarrollo hermenéutico. Hoy no es posible considerar que algún derecho es absolutamente fundamental ni que prevalece sobre otro en todas y cada una de las situaciones, ni siquiera, aunque una misma norma lo establezca en su redacción literal, tal y como ocurre en el artículo 44 de la constitución nacional, donde se afirma que “*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”.

No existe, para este autor, un valor prevalente ni una escala o jerarquía de los derechos fundamentales. En casos en que se involucre al menor en conflicto con terceros, la autoridad a cargo deberá realizar lo que se ha denominado como el test especial de ponderación de los derechos fundamentales de los menores, teoría abordada inicialmente por Alexy (2002), desarrollado y complementado por Higuera Jiménez (2014) y que fuera objeto de estudio permanente para la presente investigación.

### **Los derechos fundamentales - la discrecionalidad no absoluta**

La presente investigación permitió establecer que no existen derechos fundamentales absolutos en nuestra legislación. No obstante, en la cultura jurídica colombiana y sobre todo en el imaginario colectivo y social de nuestra población, está profundamente arraigado el desconocimiento del carácter relativo de los derechos fundamentales. Tal y como lo expone Borrero García (2006), cuesta asumir que un derecho fundamental puede ser restringido. No obstante, se puede evidenciar a lo largo de jurisprudencia, que diariamente los jueces de todas las ramas se ven abocados a realizar exámenes de ponderación para la solución de los conflictos.

Cuando se enfrentan dos principios, derechos o argumentos justificados, los jueces deben acudir a la sana crítica para emitir una decisión en derecho que resulte adecuada, motivada y proporcionada. Es evidente que, cada juez tiene cierto grado de

discrecionalidad en materia interpretativa que, de ninguna manera, puede ser absoluta, so pena de sobrepasar los límites racionales y cometer así injusticias.

Así también, los defensores de familia cuentan con un margen más amplio de interpretación de los hechos que, bajo su jurisdicción, se presenten; teniendo en cuenta que, si bien es cierto que existe un lineamiento técnico que regula el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la norma permite que los funcionarios decidan si se debe o no imponer una medida de restablecimiento de derechos según las evidencias que pueda extraer su equipo interdisciplinario.

Tal discrecionalidad, al igual que los derechos fundamentales, no puede ser considerada con un carácter absoluto en cabeza del funcionario. Al respecto, ha dicho la corte constitucional en sentencia C-734 de 2000, cuyo magistrado ponente fue Naranjo, que:

La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. (párr. 1)

Toda decisión de carácter administrativo o judicial, deberá ser ampliamente motivada de manera que responda a criterios justificados, racionales y necesarios. Indefectiblemente, en todos los asuntos debe establecerse un juicio de ponderación de los derechos en colisión, juicio que, para esta investigación, se encuentra ampliamente desarrollado dentro del alcance que jurisprudencialmente se ha dado al principio del interés superior del menor.

### **El proceso administrativo de restablecimiento de derechos**

La protección de los derechos fundamentales de los menores ha sido encomendada, en el campo administrativo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Por otro lado,



la ley de infancia y adolescencia ha creado un proceso de naturaleza mixta para buscar garantizar el principio del interés superior del menor. Conforme con los artículos 96 a 98 de la ley 1098 de 2006, la autoridad competente para dirimir estos conflictos es el defensor de familia de cada sede zonal del ICBF.

Cada defensor de familia, para acometer esta tarea, dispone de la asesoría de un grupo interdisciplinario compuesto por profesionales en nutrición, psicología, psiquiatría y trabajo social, entre otros; que le permite abordar, de manera integral, las circunstancias particulares de cada menor, así como del núcleo familiar del menor objeto de la protección encomendada.

A través de este proceso, se verifica inicialmente el estado de cumplimiento de los derechos del menor, debiéndose cumplir los requisitos establecidos en el artículo 52 de la ley 1096 de 2006:

- (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. (p. 13)

Sin embargo, el primer problema que se evidencia es que la carga probatoria del estado de cumplimiento de los derechos del menor, en la práctica, corresponde a la familia del menor, quien, en una visita, generalmente sorpresa, debe probar el estricto cumplimiento de los anteriores criterios, que deben ser evidenciados por el equipo interdisciplinar en una visita *exprés* donde los funcionarios emiten su concepto. Este tipo de visitas, muchas veces, no permiten obtener evidencias reveladoras del verdadero estado de cumplimiento de los derechos de los menores.

La autoridad administrativa tiene, luego, la potestad de imponer alguna de las medidas de restablecimiento de derecho, que a su discrecionalidad considere elegir dentro de las opciones que establece el artículo 53 de la ley 1098 de 2006, y que pueden consistir incluso en una separación del menor de su núcleo familiar, llegando hasta la declaratoria de adoptabilidad, circunstancia que no siempre resulta la más adecuada conforme con el principio del interés superior del menor.

## De la adopción de medidas de restablecimiento

No todas las circunstancias atendidas por el ICBF merecen ser objeto de medidas de protección o restablecimiento de derecho. En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana manifestó, en Sentencia T-572 de 2009, cuyo magistrado ponente fue Sierra Porto, que la adopción de medidas de protección y restablecimiento de derechos debe estar *“siempre precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.”*

De igual manera, esta misma sentencia manifestó que tales medidas de restablecimiento de derechos, deben atender criterios razonables con la consideración de:

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

Los defensores de familia están obligados a realizar un juicio de ponderación muy delicado que no debe entenderse como una discrecionalidad desbordada. No obstante, la legislación actual de infancia y adolescencia, en sus artículos 82 y 99, parecería permitirles un amplio margen para la imposición de medidas de restablecimiento de derechos. Así también, se colige de la interpretación constitucional en Sentencia T-577 de 2011, cuya magistrada ponente es María Victoria Calle, en donde se afirma que los defensores de familia pueden imponer las medidas de restablecimiento de derechos *“que se consideren adecuadas para evitar que la amenaza o peligro que sobre ellos se cierne se materialice en la vulneración de sus derechos, o bien, para poner fin a la situación conculcadora”*.

De igual manera, en la misma sentencia, la corte manifiesta que la autoridad administrativa, defensor de familia (para este estudio), puede adoptar además de las medidas de restablecimiento establecidas en el artículo 53 de la ley 1098 de 2006, cualquier otra medida que se considere necesaria, permitiendo una discrecionalidad

manifiesta que evidentemente puede resultar negativa a los intereses y derechos de menores y padres. Así puede observarse en el siguiente extracto:

Dentro de dichas medidas, se incluyen aquellas de amonestación, retiro del menor de la actividad que amenace o vulnere sus derechos, su ubicación en medio familiar o en centros de emergencia, su adopción, o cualquiera otra que la autoridad administrativa considere adecuada para garantizar sus derechos. Así pues, esta Sala constata que no se trata de un listado taxativo, sino que el contenido normativo del numeral 6° del artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, autoriza a la autoridad administrativa a adoptar cualquier otra medida que considere necesaria con el fin de proteger el interés del niño. (p. 14)

### **Criterios de razonabilidad y ponderación para la imposición de medidas provisionales y de restablecimiento de derechos por parte de los defensores de familia**

A partir de lo anterior, es importante precisar que la imposición de medidas de restablecimiento de derechos debe ser siempre excepcional. A pesar del amplio margen discrecional que la misma legislación ha otorgado a los defensores de familia, y que preliminar y aparentemente permite inferir que los criterios utilizados para la imposición de medidas de protección y restablecimiento de derechos pueden llegar a ser arbitrarios e inmotivados, la realidad es que uno de los hallazgos de la presente investigación constata que existe una regulación jurisprudencial para el ejercicio de la ponderación con respecto de la aplicación del interés superior del menor en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

En uno de los casos de estudio, en la Sentencia T 557 de 2011, cuyo magistrado ponente fue Manuel José Cepeda, fue enfática en requerir que las medidas de restablecimiento de derechos deben cumplir con ocho criterios objetivos de razonabilidad y ponderación, con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales de los menores de edad, y que para la presente investigación es necesario compartirlos en su redacción original:

a. *Gravedad de la afectación de los derechos.* La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que la persona menor se encuentra frente

a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. Es decir, no basta con probar la existencia de una amenaza (el eventual peligro que se enfrenta), sino que también se ha de demostrar que existe un gran riesgo (una alta probabilidad de que la amenaza se materialice). La gravedad de la afectación implica que el peligro o amenaza al que se enfrenten las personas menores debe provenir de situaciones que afecten en gran medida (no en poca o alguna medida) la garantía del desarrollo integral del menor, las garantías de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos legal y categóricamente por una sociedad democrática.

b. *Necesidad de intervención.* La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de una persona menor, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia, a través de los jueces competentes y mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la ‘necesidad de intervención’. En la medida en que son las relaciones paterno-filiales las que han de prevalecer, en principio, y teniendo en cuenta que los menores y su familia ya sufrieron una fuerte e impactante intervención estatal, una nueva, debe cumplir de forma estricta el principio de necesidad, el cual exige razones ‘*poderosas*’, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional previamente citada.

c. *Posterioridad.* La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas por el juez constitucional y legalmente competente para decidir sobre los derechos de los menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. Esto asegura que no se trate de revisar lo decidido judicialmente, sino de consideraciones sobre asuntos que no pudieron ser analizados por el juez competente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se trata de hechos nuevos que acaecieron con posterioridad a la decisión judicial y que fueron ocultados de mala fe por una de las partes.

d. *Urgencia.* La autoridad administrativa debe estar ante una situación urgente, que demande su actuación con toda celeridad. Debe tratarse de una decisión y una medida que ha de tomarse con toda prontitud, una situación en la que no se cuenta con el tiempo para poder llevar la cuestión ante la autoridad correspondiente de forma previa. En todo caso, la actuación judicial debería tener que iniciarse por parte de

la entidad estatal de forma coetánea, inmediatamente después o, por lo menos, a la mayor brevedad posible.

e. *Proporcionalidad*. La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrente. No puede la administración, so pretexto de proteger derechos fundamentales importantes y significativos de la persona menor, desconocer o tomar decisiones que afecten otros derechos que sean más importantes o estén considerablemente amenazados por un riesgo significativamente mayor.

f. *Razonabilidad*. La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a las personas menores, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. No se puede tomar decisiones sin justificación, que sean absurdas o que no tengan coherencia. Así mismo, medidas que no conduzcan a los fines propuestos o que, simplemente, no atiendan a los límites que los derechos fundamentales le imponen a la administración.

g. *Temporalidad*. La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. Si en realidad se trata de una situación excepcional, no puede ser que, en último término, no sea la autoridad judicial competente, sino la administrativa la que termine fijando y estableciendo el alcance de los derechos involucrados.

h. *Valoración de consecuencias*. En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor. (p. 23,24)

### **Imposición de medidas de protección o restablecimiento en conflictos de custodia y cuidado personal entre padres**

Las relaciones materno-paterno filiales, muchas veces, se ven restringidas dentro de los conflictos de custodia y cuidado personal entre progenitores. En este tipo de pro-

cesos, la ley de infancia y adolescencia faculta, de igual manera, a los defensores de familia para que, en caso de imposibilidad de conciliación o acuerdo, sean ellos quienes diriman la situación.

El defensor de familia debe garantizar el principio del interés superior en estas circunstancias, analizando y de nuevo ponderando cuál es el hogar o núcleo familiar más idóneo para el menor. Lo ideal es que este juicio de ponderación permita que se garantice efectivamente mayor estabilidad emocional, evitando que los padres o los familiares en conflicto antepongan sus intereses personales a los del menor.

En varios casos de estudio, analizados en esta investigación, pudo establecerse que algunos defensores de familia están imponiendo medidas de restablecimiento sin respetar los ocho criterios de ponderación y razonabilidad arriba mencionados, lo que indudablemente vulnera los derechos fundamentales de los menores.

### **La prohibición de discriminación de género en la asignación de la custodia y cuidado personal provisional**

Se pudo establecer que, en la mayoría de los casos estudiados, la custodia y cuidado personal es preferiblemente asignada a la madre del menor y no a su progenitor, argumentando mayor idoneidad para la crianza en cabeza del género femenino. Este argumento dentro del paradigma cultural y social actual, es aún parcialmente aceptado, desconociéndose que un padre puede ser, de igual manera, idóneo para asumir la custodia y cuidado personal de un menor.

En Colombia, existe la prohibición a la discriminación por razones de género en cualquier tipo de actuación. Ya en la jurisprudencia de la corte constitucional y de la corte suprema de justicia, se evidencian decisiones que han marcado un precedente vinculante en esta materia, y que obligan a los funcionarios judiciales y administrativos a valorar, en igualdad de condiciones, la idoneidad para asumir la custodia y cuidado personal de un menor entre ambos progenitores. Por ejemplo, la sentencia TC-5357 2017 del 19 de abril de 2017 sala civil de la corte suprema de justicia, ratifica la posibilidad de establecer la custodia y cuidado personal de un menor en cabeza del progenitor, siempre y cuando se cumpla con la verificación de idoneidad para ello.

Los defensores de familia han sido requeridos para evitar que las medidas de restablecimiento de derechos o protección que se impongan, sean discriminatorias con los derechos de progenitores, entre ellos el derecho fundamental la igualdad y el debido proceso.

### **Posibilidad de asumir custodia y cuidado personal por parte de los padres de crianza**

Así también, poco a poco, por parte de la jurisprudencia, se ha ido desmitificando el paradigma que dice que la custodia y cuidado personal de un menor debe estar siempre en cabeza de la madre biológica por ser la persona idónea para garantizar el desarrollo integral del menor.

Ocurre cuando entran en conflicto derechos entre ambos progenitores que resultan divorciados y no pueden conciliar ni acordar quién de ellos se quedará con la custodia del menor. No obstante, pueden encontrarse en colisión pretensiones de custodia y cuidado personal entre padres biológicos y terceros, como lo son los padres de crianza.

La corte constitucional ha sido enfática en sostener que, aunque en la norma quienes ostentan la posibilidad de asumir la custodia y cuidado personal de un menor son los padres biológicos, no significa esto que los padres de crianza no lo puedan asumir legalmente, teniendo en cuenta que existe la necesidad de garantizar al menor el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, derecho que en muchas ocasiones lo garantiza en realidad los padres de crianza.

Al respecto, esta institución, en sentencia T 942 de 2014, cuyo magistrado ponente fue Luis Guillermo Guerrero Pérez, manifestó:

En principio, la custodia de los niños, niñas y adolescentes, está a cargo de sus padres, sin embargo, si por alguna razón, ellos están en incapacidad de asumirla, ésta, según lo designe la autoridad competente, puede estar a cargo de otra persona, especialmente de un miembro de su familia, quien conforme lo dispone la Ley de Infancia, tiene bajo su responsabilidad su cuidado, pues es quien convive con él diariamente y quien está a cargo de velar por su crecimiento y desarrollo integral.

La corte constitucional hace énfasis, de igual manera, en que la familia, en cualquiera de sus manifestaciones, orígenes o forma de composición; es materia y objeto de especial protección, en la que por supuesto media el principio del interés superior del menor. Así, se puede comprender del siguiente extracto transcrito in extenso.

Señala la honorable corte constitucional que la dinámica de las relaciones humanas en la actualidad, hace imperioso reconocer que existen distintos núcleos familiares, que no se componen solamente por los vínculos naturales o jurídicos, sino también, por situaciones de hecho, surgidas a partir de la convivencia y en virtud del afecto, la solidaridad, el respeto, la ayuda mutua, la protección, la asistencia y demás relaciones análogas, en las que pueden identificarse a los padres de crianza como aquellos cuidadores que a lo largo de la vida del menor ejercieron la autoridad paterna. Esas relaciones familiares de crianza también son destinatarias de las medidas de protección de la familia, previstas en la constitución y en la ley.

### **La determinación de la idoneidad para asumir la custodia y cuidado personal de un Menor como medida provisional o de restablecimiento**

El objetivo principal de las medidas provisionales y de restablecimiento de derechos, es el de garantizar la plena satisfacción de los derechos fundamentales de los menores. En materia de custodia, el ideal es poder permitir al menor que permanezca en el núcleo familiar que le brinde un ambiente adecuado y propicio para el desarrollo de su personalidad.

Uno de los derechos más importantes del menor que debe protegerse en pro de garantizar el principio del interés superior, es el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Por esta razón, es muy importante que cuando se quiera imponer una medida de protección o restablecimiento de derechos por parte del defensor de familia, esta proceda única y excepcionalmente cuando la verificación de estado de cumplimiento de los derechos indique que la persona que tiene la custodia no es apta para garantizar el desarrollo integral del menor.

Sin embargo, la valoración de la idoneidad del núcleo familiar tampoco puede ser absolutamente discrecional, arbitraria o subjetiva, y el funcionario debe obedecer los siguientes criterios jurisprudenciales, para poder separar a un menor de su núcleo fa-



miliar, criterios establecidos en la Sentencia T 580 A de 2011, cuyo magistrado ponente fue Mauricio Gonzales Cuervo:

1) Cuando existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un menor en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la carta ordena proteger a los menores: *“serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”*.

2) Cuando existan circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores serios sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al menor en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres.

3) Cuando existan circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

## CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales de los menores merecen una protección especial por su condición de vulnerabilidad y situación de desequilibrio frente a los derechos de los demás. A pesar de la importante labor que se encomienda a las Defensorías de Familia y, en general, al ICBF, el haber permitido la posibilidad de imponer medidas de

restablecimiento de derechos sin parámetros legales claros, pone en riesgo el efectivo goce de los derechos fundamentales de los menores y su interés superior.

A pesar de que las decisiones administrativas que se impongan deban ser homologadas por el juez de familia, la realidad es que se evidencia una falta de verificación y garantía por parte del funcionario judicial, donde pareciera que toda decisión emanada de la Defensoría de Familia es conforme con el espíritu constitucional lo que, en esencia, equivale a ‘habérsele entregado una discrecionalidad gigante’ y por tanto se homologa.

Resulta, sin embargo, que es finalmente el juez constitucional quien recibe acciones de tutela y evidencia las grandes vulneraciones a los derechos fundamentales de los menores, que ocurren dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derecho, y el que debe revocar las decisiones administrativas y su posterior homologación judicial. Sin embargo, casi siempre, a esta decisión se llega muy tarde en el tiempo, cuando el daño para el menor ya está consumado y se le ha causado un perjuicio psicológico irremediable, sobre todo en temas de adoptabilidad y custodias donde se separa al menor de su núcleo familia, incluso sin respetar su derecho a ser escuchado.

Afortunados son aquellos padres que han podido acudir a la protección de sus derechos fundamentales ante el juez de tutela y se han atrevido a enfrentar los argumentos, muchas veces subjetivos, de los defensores de familia. No obstante, y lastimosamente, este tipo de casos son la excepción y en la estadística se quedan casos en que las decisiones arbitrales de estos funcionarios se perderán sin ninguna consecuencia, vulnerando de manera flagrante los derechos fundamentales de los menores.

Esta situación es muy difícil de asumir por parte de los progenitores afectados, que deben adelantar su defensa técnica –sin tener conocimientos profundos– en una lucha desequilibrada frente al aparato estatal, muchas veces sin recursos, y con la responsabilidad de asumir la carga de la prueba, ocurriendo una vulneración constante a sus derechos fundamentales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, 22(66), 13-64.
- Borrero García, C. (2006). *Derechos Humanos: Ideas y Dilemas para animar su comprensión*. Bogotá. Editorial Fundación Centro de Investigación y Educación Popular.
- Higuera, D.M. (2012). *Bloque de constitucionalidad en Colombia: una propuesta de rigor y garantía*. Madrid. Editorial Académica Española.
- Lizcano, P.L. (2014). El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños. *Revista Derecho y Realidad*, (24), 5-28.

### **Jurisprudencia**

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (12 de Julio de 2011) Sentencia T-557 de 2011. Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (21 de Junio de 2000) Sentencia C-734 de 2000. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (19 de Junio de 2003) Sentencia T-510 de 2003. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (26 de Agosto de 2009) Sentencia T-573 de 2009. Magistrado Ponente Nilson Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (25 de Julio de 2011) Sentencia T-580 A de 2011. Magistrado Ponente Mauricio Gonzales Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (3 de Diciembre de 2014) Sentencia T-942 de 2014. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala Civil (19 de Abril de 2017). Sentencia TC-5357 2017. Magistrado Ponente Jorge Luis Quiroz Alemán.

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos. ¿Amenaza a los derechos sustanciales de los menores y sus padres?

## **Normatividad**

Constitución Política de Colombia. (4 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente.

Congreso de Colombia. (8 de Noviembre de 2006). Ley de Infancia y adolescencia. Ley 1098 de 2006. Diario Oficial 46.446.

