

Ineficacia del proceso verbal sumario para el trámite del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento del término para fallar.

Daniel Mauricio Fonseca Fajardo

Noviembre, 2019

Universidad Santo Tomás

Maestría En Derecho Privado

Tunja

Ineficacia del proceso verbal sumario para el trámite del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento del término para fallar.

Daniel Mauricio Fonseca Fajardo

Noviembre, 2019

Trabajo De Grado Presentado Para Optar El Título De Magister En Derecho Privado.

Dirigido Por El Doctor

Mario Humberto Rodríguez

Universidad Santo Tomás

Maestría En Derecho Privado

Tunja

Tabla De Contenido

Objetivo General.....	8
Objetivos específicos	8
Metodología	9
Resumen.....	10
Abstract.....	11
Introducción.....	12
Justificación.....	14
Planteamiento del problema.....	15
Hipótesis.....	17
Introducción	12
1. Del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	18
1.1. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.	19
1.1.1. Derecho a la vida, a la calidad de vida y a un ambiente sano.....	20
1.1.2. Derecho a la integridad personal.....	22
1.1.3. Derechos de protección.....	22
1.1.4. Derecho a la libertad y seguridad personal.	23
1.1.5. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.	24
1.1.6. Derecho a la custodia y cuidado personal por parte de los padres.....	25
1.1.7. Derecho a los alimentos.....	26
1.1.8. Derecho a la identidad.	27
1.1.9. Derecho a las libertades fundamentales.....	28
1.1.10. Derecho a la salud.....	28

1.1.11. Derecho a la educación.	28
1.1.12. Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.	29
1.1.13. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.	29
1.1.14. Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes.....	30
1.1.15. Derecho de asociación y reunión.	30
1.1.16. Derecho a la intimidad.	31
1.1.17. Derecho a la información.....	33
1.1.18. Derecho a la protección laboral.	33
1.1.19. Derecho de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad.....	33
1.1.20. Derecho al debido proceso.....	34
2. Autoridades que conocen del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	36
2.1. Autoridades competentes.....	36
2.1.1. De los Defensores de Familia	36
2.1.2. Comisarios de Familia.	37
2.2. Competencia.	38
2.2.1. Territorialidad	38
2.2.2. Concurrencia.....	38
2.2.3. Subsidiariedad.....	39
2.2.4. Competencia a prevención,.....	40
2.3. Papel del Juez en el Restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	40
2.3.1. En la homologación.	41

2.3.1.1.	En el trámite de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	42
2.3.1.2.	En la declaratoria de adoptabilidad.....	42
2.3.2.	En la pérdida de competencia de la autoridad administrativa.....	44
3.	Proceso de Restablecimiento de Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	45
3.1.	Verificación de la garantía de derechos.....	45
3.2.	Trámite administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	49
3.2.1.	Denuncia.....	50
3.2.2.	Auto de apertura.....	51
3.2.3.	Notificación del auto de apertura.....	53
3.2.4.	Decreto, práctica de pruebas y fallo.....	54
3.2.5.	Recurso de reposición.....	56
3.2.6.	Homologación.....	56
3.3.	Proceso judicial de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	57
3.3.1.	Trámite del proceso verbal sumario.....	58
4.	Interés superior del niño, la niña y el adolescente frente al trámite del proceso verbal sumario en el restablecimiento de derechos.....	60
4.1.	Ineficacia del proceso verbal sumario para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.....	61
4.1.1.	Naturaleza del proceso verbal sumario.....	63
4.1.2.	Artículo 13 del Código General del Proceso.....	68
4.1.3.	¿Y la verificación de garantía de derechos?.....	69

4.1.4. Notificación a las partes.....	70
4.1.5. Duración del proceso.	72
4.2. Del cumplimiento de las garantías procesales en el Proceso Verbal Sumario	75
4.3. La omisión del legislador en la remisión del proceso por pérdida de competencia. Artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018..	79
4.4. Propuesta como solución jurídica.....	81
Conclusiones.....	83
Referencias.....	86
Bibliografía	91

Objetivo General

Analizar si el trámite del proceso verbal sumario es eficaz para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa.

Objetivos específicos

- Identificar en la ley 1098 de 2006 los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, susceptibles de restablecimiento.
- Determinar a la luz de las leyes 1098 de 2006, 1878 de 2018 y el Código General del Proceso, cuáles son las autoridades competentes para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, tanto en sede administrativa como judicial.
- Identificar las etapas de los trámites administrativo y judicial, del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, conforme a lo dispuesto en las leyes 1098 de 2006, 1878 de 2018 y el Código General del Proceso.
- Precisar las razones por las cuales el trámite del proceso verbal sumario, consagrado en el Código General del Proceso, para el trámite judicial del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes resulta ineficaz.

Metodología

Este trabajo es el resultado de una investigación de tipo teórico, basada en el estudio de las normas procesales del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Se hace uso del método análisis-síntesis, que permite hacer una revisión de las etapas del proceso judicial y confirmar su eficacia o ineficacia. De igual manera, se compara el ordenamiento jurídico interno, en lo referente a la duración del proceso judicial.

Para su desarrollo se utilizan fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales.

Resumen

El restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, se encuentra en cabeza del Estado y su trámite está reglado en los artículos 99 y 100 de la Ley 1098 de 2006, modificados por la ley 1878 de 2018. Según la norma, la autoridad administrativa, Defensor o Comisario de familia, tienen un término máximo de seis meses para resolver la *situación jurídica* e imponer las medidas efectivas de restablecimiento de derechos. Cumplido dicho término sin que la situación del niño, niña o adolescente haya sido resuelta, pierde competencia y debe remitir las diligencias al juez de familia para que asuma el conocimiento del asunto y resuelva en un término máximo de dos meses.

Radicadas las diligencias en el despacho judicial, el juez competente ante la ausencia de norma especial en la Ley 1098 de 2006, que regule el trámite judicial del proceso de restablecimiento de derechos, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 1, 21 y 390 numeral 3 del Código General del Proceso, debe impartirle a la actuación el trámite del proceso verbal sumario. Trámite que se torna ineficaz, no solo por su naturaleza adversarial y sus términos procesales, sino porque obliga al funcionario judicial a adelantar un nuevo proceso desde la verificación misma de garantía de derechos (art 138.L.1098.2006). Lo que prolonga y dilata la imposición de una medida efectiva de restablecimiento de derechos, haciendo en consecuencia más gravosa la situación del niño, niña o adolescente.

Abstract

The restoration of child and adolescent rights is one of a State's capabilities which is executed by the Judicial Power of Colombia in such way that the judicial proceeding to guarantee the restoration in mention is regulated in Articles 99 and 100 of Law 1098 of 2006, which was modified by Law 1878 of 2018. In accordance to the aforementioned Laws, the Administrative Authority, the Family Rights Defender or the Family Commissioner, who are the State Officers responsible for initiating the restoration proceeding which has a maximum term of six months to be resolved by restoring the affected rights and imposing the applicable and effective injunctive reliefs. In the event that the State Officials do not resolve the restoration of rights proceeding within the term stated by law, the jurisdictional competence is assigned, by law, to the Judge in charge of Family matters, who shall acknowledge the matter and resolve the process within a maximum period of two months.

Once the restoration proceeding is assigned to the Judge in charge of Family matters, the Judge, in absence of a special rule applicable to the judicial proceeding of restoration of rights, the Judge shall process the restorations of rights claim as a summary verbal process in accordance to the procedural rules established in Articles 1, 21 and 390 numeral 3 of Colombia's General Code of the Process. The procedure in mention usually becomes inefficient due to its adversarial nature, procedural terms, and the fact that a new State Officer, in this case a Judge, that is compelled to initiate a new process from the very beginning, which consist in the verification of the guarantee of the child or adolescent rights (Art. 138.L.1098.2006); fact that prolongs and delays the imposition of an injunctive relief for the restoration of rights, consequently making the situation of the child or adolescent more burdensome

Introducción

Según el artículo 50 de la ley 1098 de 2006, con el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, se busca “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”. Con esa finalidad, el legislador en el Código de la Infancia y la Adolescencia define una serie de competencias y un trámite administrativo. Es así como establece que tanto el Defensor o el Comisario de Familia, son las autoridades administrativas encargadas de asumir su conocimiento. Regula el trámite que deben impartir a la actuación y el tiempo del que disponen para adoptar las medidas de restablecimiento. Cuando las medidas no son adoptadas oportunamente (seis meses desde que se tiene conocimiento de los hechos), la autoridad administrativa pierde competencia y debe remitir las diligencias al juez de familia para que asuma el conocimiento de la actuación.

Recibidas las diligencias en el juzgado, el funcionario judicial al revisar la norma, encuentra que la ley especial que regula el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, no determina el trámite que debe impartírsele a la actuación. Frente a este vacío el juez acude al Código General del Proceso, encontrando que en el artículo 390 dentro del listado de procesos que deben ser tramitados bajo las reglas del Proceso Verbal Sumario, está el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, razón por la que debe impartir a la actuación el trámite dispuesto en los artículos 391 y 392. Trámite que no puede tener una duración superior a dos meses, en atención a que en la norma especial, si bien el legislador no fijó el trámite a seguir por parte del juez, sí en el artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por la ley 1878 de 2018, limitó a ese periodo de tiempo, la competencia del funcionario.

Además de la obligación que tiene el juez de cumplir con las etapas del proceso verbal sumario en el tiempo que se le concede, también previo a resolver sobre la admisión del proceso, debe cumplir con la verificación de garantía de derechos consagrada en el artículo 52 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 1 de la ley 1878 de 2018. Verificación de garantía de derechos que debe ser practicada por él y por un equipo interdisciplinario (trabajador social, sicólogo y nutricionista), equipo de trabajo interdisciplinario con el que no cuenta.

Habiéndose determinado las competencias e identificadas las etapas del proceso verbal sumario aplicables para el trámite judicial del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en el desarrollo del trabajo se precisaran las razones por las que se considera que el trámite del proceso, tal y como se encuentra consagrado resulta ineficaz. Ineficacia que se estudiará bajo la definición dada por la Corte Constitucional en la sentencia C – 873 de 2003 y la escuela realista escandinava del derecho. Con el análisis anterior y entendiéndose la eficacia, como la capacidad de producir el efecto que se desea, se dará respuesta al problema que se plantea en este trabajo, ¿Es eficaz el proceso verbal sumario para el trámite del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, por el vencimiento del término para fallar? Además de lo anterior, al concluir se formularán algunas propuestas con las que se considera que se puede dar solución al problema que se plantea.

Justificación

El proceso de restablecimiento de derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, según lo tiene definido la ley 1098 de 2006, tiene como objeto restaurar y garantizar el ejercicio de los derechos que se han visto vulnerados. Para esto el legislador en la norma citada y en la ley 1878 de 2018, estableció una serie de competencias administrativas en cabeza del defensor y comisario de familia, y el trámite que estos deben adelantar. En el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018, después de definirse cada una de las etapas del proceso, se dispone que la autoridad administrativa tiene un término máximo de seis meses, contados desde el momento en el que tiene conocimiento de los hechos, para imponer las medidas de restablecimiento de derechos; si no lo hace, automáticamente pierde competencia y debe remitir las diligencias al “Juez de Familia”; a quien se le concede un término de dos meses en los que debe resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente.

Por remisión al Código General del Proceso, el juez debe impartirle a la actuación el trámite del proceso verbal sumario consagrado en los artículos 391 y 392, luego de cumplir con la verificación de garantía de derechos consagrada en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018, todo en un término que no puede superar los dos meses. Razón por la que es pertinente analizar, si el trámite del proceso verbal sumario es eficaz para que superadas cada una de las etapas del proceso, el juez logre imponer medidas de restablecimiento de derechos dentro de los dos meses que se le conceden en el Código de la Infancia y la Adolescencia, o si por el contrario, se torna ineficaz dado el tiempo tan corto que se le concede al juez para el trámite del proceso y la dificultad de practicar pruebas ante la falta de equipo interdisciplinario. Debe recordarse, que en virtud de lo dispuesto en los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, los niños, las niñas y los adolescentes, son sujetos de especial

protección por parte del Estado, la sociedad y la familia, razón por la que los procesos no solo administrativos sino judiciales, en los que intervengan o en los que se discutan las garantías o ejercicio de sus derechos, deben estar acordes con la naturaleza del asunto que se discute, de manera que se logre la materialización efectiva el derecho sustancial.

Planteamiento del problema

El artículo 2 de la Ley 1098 de 2006 señala que el Código de la Infancia y la Adolescencia tiene por objeto establecer entre otras, las normas sustantivas y procesales que permitan el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Si bien el legislador en esa oportunidad plasmó las normas necesarias para el trámite administrativo de restablecimiento de derechos, omitió regular el trámite que debía impartirle a la actuación el juez cuando debe asumir el conocimiento del asunto ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento del término para fallar. Aparentemente el vacío es superado con lo dispuesto en los artículos 390, 391 y 392 del Código General del Proceso. Y es ahí donde surge el interrogante que se plantea en este trabajo: ¿Es eficaz el proceso verbal sumario para el trámite del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, por el vencimiento del término para fallar? Lo anterior teniendo en cuenta el término que se le concede al juez para el trámite del proceso en la norma especial, la ausencia de equipo interdisciplinario para la verificación de garantía de derechos, las etapas y duración del proceso verbal sumario.

Hipótesis

Es ineficaz el proceso verbal sumario para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento del término para fallar, como quiera que en atención al cumplimiento de los términos y garantías procesales del proceso verbal sumario, así como la práctica de la verificación de garantía de derechos, los dos meses que se le conceden al juez en el artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018 resulta ser insuficiente, generándose un mayor perjuicio para los niños, las niñas y los adolescentes que llevan más de seis meses esperando que su situación jurídica sea resuelta.

Ineficacia del proceso verbal sumario para el trámite del restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento del término para fallar.

1. Del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, consagran la obligación del Estado de proteger y garantizar al niño, niña o adolescente, “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (art 44 C.G.P 2014). Bajo este precepto y con sustento en la Convención sobre derechos del niño de 1989 aprobada en Colombia por la ley 12 de 1991, el legislador colombiano en el año 2006 expidió la ley 1098.

La ley 1098 o Código de la Infancia y la Adolescencia tiene como objetivo “... garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, **así como su restablecimiento**”(art 2. L.1098, 2006). (Negrilla fuera del texto).

Para lograr el restablecimiento de derechos, el legislador ha establecido una serie de competencias administrativas y judiciales, así como un trámite administrativo y “judicial”, que permita a los niños, niñas y adolescentes, disfrutar de la plenitud de sus derechos y garantías reconocidas no sólo en la legislación interna, sino también internacionalmente. Todo en atención a que al tratarse de sujetos de especial protección, cada una de las actuaciones de la familia, la sociedad y el Estado, deben estar encaminadas a garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Al hablarse del restablecimiento de derechos, debe entenderse que el niño, la niña o el adolescente, gozan en atención a su condición de ciertos derechos, garantías y prerrogativas, que

ante diversas circunstancias pueden verse afectados y que es ahí, cuando el Estado a través de sus instituciones debe intervenir, procurando que cese la afectación y restableciendo el derecho.

Por lo tanto, si el tema a desarrollar es el restablecimiento de derechos, es preciso indicar en este primer capítulo cuáles son los derechos que el legislador ha consagrado en cabeza de los niños, las niñas y los adolescentes, con el fin de entender cuando se requiere la intervención del Estado para su restablecimiento.

1.1. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

En el Capítulo 2 del Título 1 de la citada ley, hace referencia a los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes. Ellos son:

- Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano.
- Derecho a la integridad personal.
- Derecho a la rehabilitación y la resocialización.
- Derechos de protección.
- Derecho a la libertad y seguridad personal.
- Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.
- Derecho a la custodia y cuidado personal por parte de los padres.
- Derecho a los alimentos.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a las libertades fundamentales.
- Derecho a la salud.
- Derecho a la educación.
- Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.
- Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.

- Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes
- Derecho de asociación y reunión.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a la información.
- Derecho a la protección laboral.
- Derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.
- Derecho al debido proceso.

Sobre cada uno de ellos se hará una muy breve referencia, con el objetivo de comprenderlos y así poder entender cuándo debe hablarse de su vulneración y por lo tanto de su restablecimiento.

1.1.1. Derecho a la vida, a la calidad de vida y a un ambiente sano.

El derecho a la vida está consagrado en el artículo 11 y 44 de la Constitución Política y es entendido como el derecho sobre el cual se sustentan todos los demás. Para Younes, (2001)

Este es el primero y el más importante de todos los derechos. Se consagra no sólo su inviolabilidad sino la prohibición de conductas que suponen su desconocimiento, como la pena de muerte, la desaparición, la tortura y los tratos crueles o degradantes. Como derecho angular en el sistema constitucional colombiano se consagra para las autoridades el deber de protegerlo (P.97)

El profesor chileno García-Huidobro (2008) menciona que pueden existir cinco teorías sobre el derecho a la vida,

- 1) Una de ellas sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida.
- 2) Otra sugiere que este derecho consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad.
- 3) Una tercera propone entender que el derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato.
- 4) Una

cuarta concepción propone entender el derecho a la vida simplemente como el derecho a que no nos maten. Finalmente, 5) una quinta postura suscribe la idea de que este derecho consiste en que no nos maten arbitrariamente (Párr 2).

El derecho a la vida, como ya se dijo es la base fundamental del ejercicio de todos los demás derechos, y es por ello que el Estado debe propender por su protección sin ningún tipo de distinción o discriminación. Protección que no se debe limitar simplemente a garantizar la existencia, sino que esa existencia debe estar acompañada de condiciones de vida dignas, que le permitan al niño, niña o adolescente tener una adecuada calidad de vida y disfrutar de un ambiente sano, es decir, apto para su desarrollo integral.

Por calidad de vida debe tenerse en cuenta que no se trata únicamente de aspectos materiales, sino que de ésta hace parte también la parte psicológica, social y emocional. La profesora María Mieles (2012) en su escrito “Calidad de vida y derechos de la infancia: un desafío presente” señaló que:

...hoy se comprende más ampliamente que la infancia es el punto de partida para construir y seguir construyendo una buena calidad de vida, superando la concepción de los niños y niñas proyectados al futuro “que cuando sean grandes”, para considerarlos como parte de la estructura social y atender a sus condiciones de vida en el presente en el que confluyen múltiples factores que hacen emerger una forma particular de ser niño o niña, con sus propias problemáticas y expectativas derivadas de los contextos en que construyen sus biografías. Ello exige dirigir nuestra atención hacia nuevos ámbitos de su bienestar y calidad de vida. De esta forma, los investigadores dejan de concentrarse exclusivamente en temas de salud, educación, demografía y servicios sociales, para interesarse por temas como: su satisfacción con servicios y con ámbitos de la vida, sus

valores, sus habilidades sociales, su tiempo libre, sus intereses y actividades con las nuevas tecnologías, su reconocimiento y valoración social, etc (Pp 205-217).

1.1.2. Derecho a la integridad personal.

Consagrado en el artículo 18 de la ley 1098 de 2006, busca proteger a los niños, niñas y adolescentes, de cualquier tipo de maltrato físico y emocional (Inc, 2). Es así, como se prohíbe cualquier tipo de violencia física o psicológica que se ejerza sobre ellos, no solo por parte de la sociedad, sino de su núcleo familiar.

Según Zambrano (2016), la integridad personal está compuesta por dos elementos, una psíquica o moral y otra física o corporal; los dos de igual importancia, dada la grave afectación que se puede llegar a causar en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, ante su vulneración o desconocimiento.

1.1.3. Derechos de protección.

Se encuentran consagrados en el artículo 20 de la ley 1098 de 2006 y es uno de los más amplios que consagro el legislador, ya que se debe velar no solo por la protección física, sino también por la protección psicológica y emocional. Y si bien en esta disposición se consagra un listado sobre la protección que se busca, también deja abierta dicha protección, a “cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos” (Num 19). Eso deja la posibilidad de brindar una mayor protección y garantía de los derechos, para lo cual la autoridad administrativa o judicial que se encargue de su verificación deberá estudiar el caso concreto y así determinar si existe o no su vulneración.

La UNICEF (2019) respecto de los derechos a la protección, hace especial énfasis en la protección contra los malos tratos, indicando que no se debe esperar a que se produzca la afectación del derecho para que el Estado intervenga, sino que el Estado debe intervenir de

manera preventiva, implantado programas que permitan la capacitación no solo del grupo familiar, sino de la sociedad en general. (num.19)

1.1.4. Derecho a la libertad y seguridad personal.

El artículo 21 de la ley 1098 de 2006, respecto al derecho a la libertad señala que los niños, niñas y adolescentes, no pueden ser detenidos ni privados de la libertad, excepto que existan causas legales. Esas causas legales, hacen referencia a las medidas preventivas o sanciones que se puedan llegar a imponer dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, como en los eventos de internamiento preventivo y privación de la libertad a que se refieren los artículos 181 y 187 del código de la infancia y la adolescencia.

Respecto a la seguridad personal la Corte Constitucional (2018), reiterando su jurisprudencia en sentencia T-399 señaló que es un principio fundamental del Estado velar por la seguridad personal de todos los residentes en Colombia,

De este modo, todos los poderes y órganos del Estado tienen el deber de proteger la vida de todas las personas y de preservar las condiciones para que estas lleven una existencia tranquila, libre de amenazas y de zozobras exorbitantes. Por lo tanto, cuando un individuo se encuentra en una situación predecible que pone en entredicho su vida o integridad personal, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas tendientes para evitar que el riesgo que recae sobre ella se materialice.

...

El Estado tiene la obligación de identificar, valorar y definir la situación de seguridad de las personas que se encuentren sometidas a riesgos o amenazas. Además, debe adoptar las medidas idóneas para mitigarlas y evaluar su eficacia y necesidad de manera

periódica. En ese sentido, si las autoridades no cumplen con alguna de estas obligaciones el derecho a la seguridad personal se ve vulnerado (T.399)

Si bien la jurisprudencia se refiere al derecho a la seguridad personal de todos los residentes en el territorio nacional, es preciso indicar que en atención a que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección y existe una prevalencia de derechos, según lo dispone el artículo 9 de la ley 1098 de 2006, es el Estado colombiano quien debe adoptar todas las medidas necesarias que permitan garantizar su seguridad personal.

1.1.5. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

La Corte Constitucional (2014), señaló:

...existe un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho no es absoluto, de tal suerte que un niño o niña puede ser separado de su familia, cuando se verifican una serie de circunstancias definidas por la ley y la jurisprudencia. Además, por tener el derecho a la familia un carácter prestacional, el Estado tiene la obligación de adoptar políticas públicas para la preservación del núcleo familiar y que faciliten a los padres el cumplimiento de sus deberes, de modo que las obligaciones del Estado en la materia van más allá del mero cumplimiento de la ley y de la implementación de medidas de restablecimiento de derechos (T.044).

Posteriormente, la misma corporación (2016) dijo:

Esta Corporación ha considerado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es uno de los criterios orientadores para determinar el bienestar del niño, niña y adolescente, pues la familia se constituye como el espacio natural de su desarrollo y, es a

su vez, la que óptimamente, en principio, puede garantizar las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos (T.506).

El artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 consagra el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, siempre que la familia garantice las condiciones necesarias para su desarrollo integral.

Como lo dice la Corte, se trata de un derecho de carácter prestacional, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar a los niños, niñas y adolescentes, su permanencia en el núcleo familiar, con el fin de que pueda crecer y desarrollarse en un entorno emocionalmente adecuado, ya que lo más relevante respecto de este derecho es la parte efectiva y emocional, dejándose de lado la parte económica de los padres, ya que como la misma ley lo indica, “En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación” (Art23. L.1098.2006).

1.1.6. Derecho a la custodia y cuidado personal por parte de los padres.

El artículo 23 de la ley 1098 de 2006, se refiere al derecho que le asiste a los niños, niñas y adolescentes de que sus padres asuman su protección y cuidado. Ha dicho la Corte Constitucional (2018) que de este derecho hace parte:

El deber de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y costumbres

...

De allí que la regla general permita afirmar que ambos padres encargados del cuidado personal de los hijos tienen (i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos; y, (iii) el deber de colaborar

conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos (T-384).

Si bien para los niños, niñas y adolescentes es un derecho, para los padres se convierte en un deber, que deben ejercer de manera permanente, de tal forma que se garantice el desarrollo y cuidado integral de los hijos. Al ser un deber, el Estado a través de sus instituciones está en la obligación de vigilar el cuidado de los padres respecto de sus hijos menores, de tal forma que ante su incumplimiento o afectación del derecho pueda intervenir con el fin de lograr su restablecimiento.

1.1.7. Derecho a los alimentos.

Por alimentos debe entenderse, todo aquello que el niño, niña o adolescente requiere para su subsistencia y desarrollo integral. La Corte Constitucional (2015), dijo:

El derecho a los alimentos de los hijos menores de edad, es una de las obligaciones que se desprenden de los deberes paterno-filiales establecidos en la ley, y consiste en la obligación de los padres de garantizar el sostenimiento y la educación de sus hijos.

...

El derecho a los alimentos comprende de un lado la obligación de proporcionar a los hijos menores de edad los elementos necesarios para su subsistencia física, pero también para su desarrollo moral e intelectual. Incluye además el deber de educar y de corregir a los hijos en el sentido de vigilar su conducta y sancionarlos de manera moderada.

...

La jurisprudencia ha señalado que el fundamento constitucional del derecho a los alimentos, es el interés superior del niño, la protección especial de la familia en el ordenamiento jurídico así como los principios de solidaridad y de equidad (C-727).

El derecho a los alimentos, como lo dijo la Corte, tiene como propósito garantizar al niño, la niña o el adolescente su desarrollo integral, por lo que dentro de ese concepto de “Alimentos”, no se encuentra comprendida únicamente la parte nutricional, sino también lo concerniente a la educación, recreación, deporte, asistencia en salud y todo aquello que sea necesario para el adecuado cuidado y desarrollo.

Uno de los sustentos de este derecho es el principio de solidaridad, y en virtud de este es preciso señalar, que si bien los primeros llamados a brindar alimentos son los padres del niño, la niña o el adolescente, la Corte Constitucional (2003) ha hablado de la “Intensidad de la obligación alimentaria”(C.156) refiriéndose a que de acuerdo al grado de cercanía, depende también la intensidad del deber para con el alimentante, es decir que mientras más próximas sean, el deber de solidaridad es mayor.

1.1.8. Derecho a la identidad.

Este derecho se encuentra consagrado en la ley 1098 de 2006. Y en él se precisan los elementos que la componen, como el nombre, la nacionalidad y la filiación conformes a la ley (Art 25). De ahí que surja la obligación de la inscripción en el registro del estado civil, tan pronto se produzca el nacimiento. En dicho registro entre otros datos, quedará registrado el nombre con el que será identificado, su lugar de nacimiento y la información de sus padres.

La inscripción en el Registro Civil, le permite al menor tener acceso a los servicios y protección que ofrece el Estado, como los servicios de salud y educación.

... cuando un menor no cuenta con su registro civil de nacimiento no existe jurídicamente ante el Estado, razón por la cual diversos instrumentos internacionales se han preocupado por impulsar el reconocimiento de la personalidad jurídica, el nombre y registro como conjunto de atribuciones inalienables de la persona (T-719.2017).

1.1.9. Derecho a las libertades fundamentales.

Dentro de las libertades fundamentales que contempla la ley 1098 de 2006 están: “El libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencia; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio” (art 37). Además de las anteriores, hacen parte también de las libertades fundamentales todas aquellas que se encuentren en las Constitución Política y en los tratados internacionales.

1.1.10. Derecho a la salud.

La ley 1098 de 2006 señala que “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral.”(Art 27). Sobre esa integralidad la Corte Constitucional (2017) ha dicho:

... el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible. (T-579).

En virtud del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la familia, la sociedad y el Estado, deben garantizarles el derecho a la salud en el sentido más amplio posible, tal y como lo indica la Corte en la sentencia citada, de tal manera que puedan gozar de todos los servicios que brinda el sistema, privilegiándose siempre su atención.

1.1.11. Derecho a la educación.

La Corte Constitucional (2017) respecto al derecho a la educación señaló que:

... la guarda de este derecho radica primordialmente en cabeza del Estado, quien no solo tiene la obligación de garantizar los medios materiales para su desarrollo, sino que debe generar el acceso al sistema educativo de manera integral, en condiciones de dignidad, calidad y permanencia, teniendo la carga de adoptar medidas para fomentar la asistencia a las instituciones educativas y reducir los índices de deserción de la población estudiantil, tal y como lo indica la Convención sobre los Derechos del Niño (T-731).

Si bien la guarda de este derecho se encuentra en cabeza del Estado, la familia y la sociedad, también tienen la obligación con los niños, niñas y adolescentes de permitirles y garantizarles una educación integral y de calidad, no sólo dentro de las instituciones educativas públicas o privadas, sino dentro de su entorno familiar y social, escenarios esenciales para el desarrollo y formación del menor.

1.1.12. Derecho al desarrollo integral en la primera infancia.

El artículo 29 de la ley 1098 de 2006, señala que la primera infancia comprende a la población entre los 0 y los 6 años de edad. Por lo que desde el mismo momento de su nacimiento se les deben garantizar todos los derechos a fin de tener un desarrollo integral. Dentro del desarrollo de este derecho, el legislador expidió la ley 1804 en la que se “establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre” (2016). Norma en la que en desarrollo de este derecho, se establece la política pública “De cero a siempre”, con la que busca garantizarse el desarrollo integral de la primera infancia.

1.1.13. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.

Este derecho es fundamental para del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y va de la mano con el derecho a la educación que se trató anteriormente. Con este derecho se busca garantizarle a los menores el acceso a actividades lúdicas y culturales que fortalezcan su

formación. En este sentido, desde antes de la expedición del Código de Infancia y a la adolescencia en el año 2006, la Corte Constitucional (2003) en su jurisprudencia resalto la importancia de este derecho en el desarrollo integral de los menores.

De lo anterior cabe concluir que el fomento de la recreación y la práctica del deporte es uno de los deberes que corresponden al Estado dentro del marco del Estado social de derecho, en virtud de la función que dichas actividades cumplen en la formación integral de las personas, la preservación y el desarrollo de una mejor salud en el ser humano y que tal obligación se ve acentuada tratándose de los niños, respecto de quienes la Constitución ha previsto una protección especial en el artículo 44 donde se reconoció explícitamente la recreación como uno de sus derechos fundamentales (C-449).

1.1.14. Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes

Consagrado en el artículo 31 de la ley 1098 de 2006, consiste en la libertad de que gozan los niños, niñas adolescentes de poder participar en cada una de las actividades que les interese y el correlativo deber de la familia, la sociedad y el Estado de permitir esa participación, teniendo en cuenta sus aportes, opiniones e inquietudes.

Este derecho hace referencia a la garantía de que gozan los niños, niñas y adolescentes, a que sus opiniones sean escuchadas y tenidas en cuenta. Y así mismo, les permite acceder a las distintas actividades, planes y programas del sector local o nacional en los que deseen hacerse parte.

1.1.15. Derecho de asociación y reunión.

El derecho de asociación y reunión de los niños, niñas y adolescentes se encuentra reglado también en la ley 1098 de 2006 y consiste en el derecho que les asiste de asociarse o reunirse

“con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos o de cualquier otra índole” (art. 32).

Ésta disposición consagra no solo la libertad de asociación y reunión, sino también una limitación a su ejercicio en razón de “las buenas costumbres, la salubridad física o mental y el bienestar del menor” (Art.32). Respecto al término de “buenas costumbres” la Corte Constitucional (2017), dispuso que debía ser entendido como moral social. Y en la misma decisión justificó la restricción del derecho así:

... la restricción del derecho de asociación y reunión del que son titulares los niños, niñas y adolescentes, y por esa vía de los demás derechos a los que se hizo referencia en el anterior acápite (libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad y a que su interés superior sea una consideración primordial) tendría como finalidades (i) la protección de su propio interés, como sujetos que en proceso de madurez física, psíquica y ética deben encontrar las condiciones para adelantar un paso a su integración plena, tras el cumplimiento de los 18 años de edad, en una sociedad democrática, y, (ii) de otro lado, la garantía de derechos de los demás, que podría verse afectada con un ejercicio absoluto de tal bien ius fundamental (C-113).

1.1.16. Derecho a la intimidad.

La Corte Constitucional (2016) respecto al derecho a la intimidad ha señalado que

... el derecho a la intimidad comprende garantizar la privacidad de la vida personal y familiar del sujeto, implicando una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, pero también la protección respecto de publicaciones o divulgaciones que deben tener una autorización por tratarse de asuntos relacionados con la esfera privada de la persona. De igual manera, la garantía

de este derecho implica la posibilidad que tiene cada persona de poder manejar todo aquello que hace parte de su existencia como tal, de la forma que prefiera, siendo inmune a injerencias externas que lo puedan afectar (T-050).

El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra consagrado en la ley 1098 de 2006 y en él se establece la prohibición de la “injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada” (Art. 33). Eso quiere decir, que dependiendo del caso concreto, bajo circunstancias especiales, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los menores, el derecho a la intimidad puede verse limitado. Así lo dijo la Corte Suprema de Justicia (2015):

Si bien por mandato constitucional del artículo 44, se impone que los derechos de los niños prevalecen sobre las garantías de los demás, al corresponder a personas de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos, la Sala debe advertir que el ejercicio del derecho a la intimidad no es absoluto, pues como se destacó en la doctrina constitucional ya evocada, esta garantía puede ser afectada judicialmente en los eventos autorizados en la ley, como cuando se debe ingresar al ámbito de la intimidad personal o familiar de un niño, niña o adolescente para obtener la evidencia física o los elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o partícipe en su comisión, eso sí, con sujeción de las exigencias establecidas en la Ley 906 de 2004, al igual que por sus padres en el cumplimiento de los deberes y obligaciones de protección y cuidado de sus hijos menores de edad (Rad.42307).

En aras de salvaguardar la integridad y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la intimidad como se observa en la sentencia citada, puede llegar a verse limitado. Limitación que se encuentra amparada en el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 8 de la ley 1098 de 2006, correspondiéndoles a la familia, la sociedad y el estado, garantizar en todas sus actuaciones, la supremacía del interés superior de los menores.

1.1.17. Derecho a la información.

La ley 1098 de 2006 señala que los “niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan” (Art. 34). El derecho a la información tal como lo consagro el legislador, les garantiza a los niños, niñas y adolescente, “buscar, recibir y difundir”. Esto quiere decir, que dependiendo de la disponibilidad de los medios de información, la familia, la sociedad y el Estado, deben garantizarles el acceso y difusión de información, lógicamente bajo las restricciones que se establezcan justificadamente para salvaguardar sus derechos e integridad personal.

1.1.18. Derecho a la protección laboral.

El artículo 35 de la Ley 1098 de 2006, fija las pautas para que los niños, las niñas y los adolescentes puedan trabajar, precisando que el menor trabajador goza de todos los derechos y garantías que consagra la legislación laboral.

La norma señala que la edad mínima para trabajar es de 15 años, previa autorización del inspector del trabajo o del ente territorial local. Así mismo, señala que excepcionalmente los menores de 15 años pueden recibir autorización para realizar actividades remuneradas, siempre y cuando tengan fines, artísticos, culturales, recreativos o deportivos. Dichas actividades no pueden superar las 14 horas semanales (art.35.L1098.2006), con el fin de que no se vean afectadas las actividades académicas.

1.1.19. Derecho de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad.

La ley 1098 de 2006 define la discapacidad como “la limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra temporal o permanente” (Art. 36). Los niños, las niñas y los adolescentes en situación de discapacidad, gozan de los mismos derechos y garantías de quienes

no la tienen. Por lo que no pueden ser víctimas de discriminación o exclusión. Siendo la familia, la sociedad y el estado los obligados a permitirles que tengan una vida plena, en condiciones favorables para su desarrollo integral.

La Organización de la Naciones Unidas, en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) ratificada por Colombia dispone, “Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (art 7.L1346.2009).

En atención a lo anterior, el Estado Colombiano tiene la obligación de crear políticas que permitan la inclusión de los menores con discapacidad, a cada uno de los programas y políticas que adelante el gobierno a nivel territorial y nacional, garantizándoles el disfrute de sus derechos.

1.1.20. Derecho al debido proceso.

También consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia; consiste en la garantía que tienen los niños, niñas y adolescentes a que se les respeten las garantías y etapas propias de cada actuación ya sea judicial o administrativa. Constituyéndose el debido proceso como el medio para obtener la materialización del derecho sustancial, los procesos deben contar con trámites previamente definidos, para que no solo las autoridades, sino las partes intervinientes puedan tener certeza de los procedimientos que se deben seguir. Aspecto que está amparado bajo el principio de legalidad y debido proceso, tal y como lo dispone el Código General del Proceso, cuando establece que “El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley” (art.7).Y que “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones prevista” (art.14), en el código.

La Corte Constitucional (2014) en su jurisprudencia ha definido el debido proceso como:

... el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (C-341).

Es así como el debido proceso, se constituye como uno de los pilares del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, no solo porque el hecho de su vulneración podría dar pie al inicio del trámite administrativo, sino porque dentro del mismo trámite administrativo o judicial, la autoridad competente debe velar porque ese derecho se garantice dentro de cada una de las actuaciones que se adelanten para el restablecimiento de los derechos.

2. Autoridades que conocen del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Como se dijo al inicio del primer capítulo, el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es esencialmente un proceso administrativo, que se encuentra reglado en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia. Por lo que es necesario identificar cuáles son las autoridades competentes del trámite administrativo y cuáles los son del trámite judicial, ante la pérdida de competencia por el vencimiento del término para fallar.

2.1. Autoridades competentes.

Según el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 las autoridades competentes de conocer y tramitar el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes son los defensores de familia y los Comisarios de Familia.

2.1.1. De los Defensores de Familia

El defensor de familia es un servidor público adscrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que se encuentra a la cabeza de las Defensorías de Familia. Servidor público que tiene dentro de sus funciones “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” (art.82. L1098.2006).

El Defensor de Familia hace parte de las Defensorías de Familia, que “son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (art.39.L1098.2006). La naturaleza multidisciplinaria se debe, a que tal y como lo señala Martínez (como se citó en Benítez, 2017), el derecho de los menores y el de familia es multidisciplinario:

... no lo podemos entender y menos aplicar si no acudimos a la información de otras ciencias como las médicas, psicológicas y pedagógicas. Varios de los asuntos regulados en el derecho de menores requieren la colaboración de profesionales en las ciencias mencionadas, quienes hacen estudios y rinden informes sobre la salud física y mental de un menor y de adultos con él relacionados y en relación a su situación socio-familiar.

(p.614)

En atención a su naturaleza, es que las Comisarías de Familia según el artículo ya citado, están integradas por lo menos por “un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista”(art. 79 L.1098.2006). Esto con el fin de poder brindar un diagnóstico integral sobre la situación de vulneración de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y así cumplido con el trámite previsto en la ley, restablecer de manera eficaz los derechos que han sido amenazados o vulnerados.

2.1.2. Comisarios de Familia.

Al igual que el Defensor de Familia, es un servidor público que se encuentra a la cabeza de la comisaría de familia, que es una dependencia de la Alcaldía Municipal y de creación de los Consejos Municipales. Según lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, las comisarías de familia, hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (art.83). Según el artículo 86 de la misma ley, las comisarías de familia tienen dentro de sus funciones “Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito” (art.86), y para ello, también están conformadas por un grupo interdisciplinario de acuerdo a la densidad poblacional.

2.2. Competencia.

La competencia, entendida como la atribución legal que se le otorga a la autoridad para conocer determinados asuntos, en materia de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y adolescentes, según lo dispuesto en el artículo 96 de la ley 1098 de 2006 se encuentra en cabeza del Defensor de Familia y Comisario de familia, está regulada en los artículos 97 y 98 de la ley 1098 de 2006 y desarrollada en el “Lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados (res.1526.2016)”, aprobado mediante Resolución 1526 del 23 de febrero de 2016. Consagrándose cuatro aspectos determinantes de la competencia de las autoridades administrativas en esta materia.: Territorial, concurrente, subsidiaria y a prevención.

2.2.1. Territorialidad

En cuanto al factor territorial, que hace referencia a la competencia desde el punto de vista geográfico, se encuentra consagrado en la ley 1098 de 2006 que señala: “Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional (art.97). Es decir, es necesario precisar la ubicación del menor, (ciudad o municipio) a fin de identificar la competencia territorial de la autoridad administrativa. Importante aspecto también, a fin de establecer si en el municipio existe Defensoría de Familia, ya que de no existir, el asunto debe ser conocido por el Comisario de Familia.

2.2.2. Concurrencia

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016) define que:

Cuando en el municipio exista Defensor de Familia y Comisario de Familia la competencia estará determinada por el factor diferenciador de la violencia intrafamiliar. Es decir que el Comisario de Familia prevendrá, garantizará, restablecerá y reparará los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes cuando su vulneración, inobservancia o amenaza se haya realizado únicamente en dicho contexto; mientras que, en los demás casos, conocerá el Defensor de familia (res.1526.2016).

En este punto, en el evento en que en el Municipio exista tanto Defensoría como Comisaría de Familia, el elemento fundamental para definir la competencia es el hecho generador de la vulneración de derechos, ya que si la amenaza o vulneración de derechos es a consecuencia de actos de violencia intrafamiliar, el competente será el Comisario de Familia, pero si el hecho generador es cualquier otro, será de competencia del Defensor de Familia.

2.2.3. Subsidiariedad.

En cuanto a la subsidiariedad, la ley 1098 de 2006 señala:

En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía (art.98).

La subsidiariedad aparece como excepción a la competencia de las Defensorías de Familia, ya que con el ánimo de brindar un fácil acceso y agilizar el trámite del proceso de Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y adolescentes, se faculta a las comisarías de familia o en su defecto a las inspecciones de policía, a conocer de este tipo de asuntos. Fijándose de manera privativa en los Defensores de Familia la competencia respecto de las declaratorias de adoptabilidad.

2.2.4. Competencia a prevención,

La competencia a prevención garantiza la atención inmediata del niño, niña o adolescente por parte de la autoridad administrativa ante una posible vulneración de derechos, de tal forma que de ser necesario se adopten las medidas de amparo provisionales. Y una vez adoptadas las medidas si sean remitidas las diligencias a la autoridad que deba conocer de ellas.

En los Municipios en donde exista Defensoría de Familia y Comisaría de Familia, o Comisaría de Familia e Inspección de Policía, cualquiera de las autoridades administrativas asumirá a prevención el conocimiento del caso de inobservancia, amenaza o vulneración, verificará inmediatamente el estado de derechos, protegerá al niño, niña o adolescente a través de una medida provisional si es el caso, y remitirá las diligencias a la Autoridad Administrativa el día hábil siguiente (res.1526.2016 Icbf)

2.3. Papel del Juez en el Restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Como anteriormente se dijo, el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, es un trámite esencialmente administrativo, sin embargo, se han consagrado dos eventos en los cuales una autoridad judicial debe conocer del asunto. Esto es, cuando debe surtirse la homologación de las decisiones proferidas por la autoridad administrativa (Defensor o Comisario de Familia), o cuando la autoridad administrativa pierde competencia.

Previo a hacerse un breve análisis de los anteriores eventos, es preciso señalar que el juez competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, es el Juez de Familia en única instancia, según lo establece el Código General del Proceso, o el Juez Civil Municipal, cuando en el municipio no hay Juez de Familia o Promiscuo de Familia (art.21).

2.3.1. En la homologación.

La homologación es una etapa del proceso en el derecho de familia que permite “la revisión o control de legalidad, sobre la actuación de la autoridad administrativa (Defensor de Familia, Comisario de Familia o inspector de Policía)” (Conc.46.2015.Icbf). Según la Corte Constitucional (2011), la homologación:

...tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso y, además, es un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por la resolución recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, demostrando que las circunstancias que le dieron origen se han superado y que razonablemente se puede pensar que no se repetirán. La competencia del juez de familia no se limita a que se cumplan las reglas procesales sino que también le permite establecer si la actuación administrativa atendió el interés superior del niño, la niña o el adolescente en proceso de restablecimiento de derechos y, por esta vía, también tiene el deber de ordenar las medidas que considere necesarias para el efectivo restablecimiento de los derechos del niño (T.502).

Eso quiere decir, que el trámite de homologación tiene por objeto verificar no solo el respeto a las garantías procesales durante el trámite de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes o la declaratoria de adoptabilidad, sino verificar también el cumplimiento de los derechos fundamentales no solo de los menores, sino de su familia. Esa verificación de derechos según lo dispuesto en el Código de infancia y adolescencia, puede presentarse en dos circunstancias. La primera, respecto de la decisión que pone fin al trámite del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la segunda, respecto de la declaratoria de adoptabilidad proferida por el defensor de familia.

2.3.1.1. En el trámite de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018, dispone que el expediente en el que se ha resuelto el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, debe ser remitido al juez de familia para su homologación, si dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria del fallo proferido por la autoridad administrativa, alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicitan. Radicado el expediente en el juzgado, el juez de familia tiene veinte días para resolver sobre la homologación, término que es improrrogable.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, no establece el trámite que debe cumplir el juez de Familia para efectos de la homologación o no de la decisión, tan solo precisa el término de que dispone para adoptar la decisión.

La Corte Constitucional (2018) respecto de la homologación señaló que:

... el juez de familia cumple la doble función de (i) realizar el control de legalidad de la actuación administrativa y (ii) velar por el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el trámite, en especial de los niños, las niñas y los adolescentes. Tal como lo indicó la Sentencia T-671 de 2010, este tipo de asuntos merecen la mayor consideración y escrutinio por parte de la autoridad judicial, con el fin de que haya claridad sobre la garantía de los derechos de los menores de edad (T-262).

2.3.1.2. En la declaratoria de adoptabilidad.

El artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018 señala:

Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación (art.108.L1098.2006.mod.art.8.L1878.2018).

Como se observa, la norma ordena la remisión del expediente al Juez de Familia en caso de oposición de alguna de las partes o del Ministerio Público, debiéndose entender conforme al artículo 100 de la misma ley, que el término que tiene el juez para resolver sobre la homologación es de veinte días. Dentro del término que tiene el juez para resolver, según lo dispone el artículo 123 de la Ley 1098 de 2006, en el evento de que el Defensor de Familia haya omitido alguno de los requisitos legales durante el trámite de la declaratoria de adoptabilidad, deberá devolver las diligencias a la autoridad administrativa para que las subsane.

La Corte Constitucional (2015) ha dicho

... la solicitud de homologación envuelve no sólo un control formal derivado del respeto de las reglas de procedimiento que rigen el trámite de restablecimiento de derechos, sino también un examen material dirigido a confrontar que la decisión adoptada en sede administrativa sea razonable, oportuna y conducente para proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, en términos acordes con el interés superior de los menores de edad. Sobre este punto, no sobra recordar que uno de los fines del Estado, es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (CP art. 2) y que, en el caso de los menores de edad, por su propia naturaleza, aquellos tienen un carácter prevalente (T-730).

2.3.2. En la pérdida de competencia de la autoridad administrativa.

El artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, consagra el trámite administrativo de restablecimiento de Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La disposición además de contener el trámite que debe seguir el defensor o comisario de familia, les concede el término máximo de seis meses para resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente. Si dentro de esos seis meses el Defensor o Comisario de Familia no han adoptado la decisión de restablecimiento de derechos, pierden competencia y deben remitir las diligencias al Juez de Familia, a quien se le concede un término de dos meses improrrogables para que resuelva sobre el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, si bien consagra las etapas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, no lo hace respecto del trámite que debe cumplir el juez cuando asume el conocimiento de la actuación, por pérdida de competencia de la autoridad administrativa. Razón por la que en remisión al artículo 390 del Código General del Proceso, debe impartírsele el trámite del proceso verbal sumario.

3. Proceso de Restablecimiento de Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Como ya se dijo, por regla general el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es administrativo, salvo cuando se presenta la pérdida de competencia de la autoridad administrativa y se convierte en un proceso judicial.

Previo a dar inicio al trámite del proceso de restablecimiento de derechos, la autoridad competente debe realizar la *verificación de garantía de derechos*, verificación de la que dependerá el inicio o no del proceso. Esta etapa previa, está consagrada en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 1 de la Ley 1098 y según lo dispone el artículo 138 de la misma ley, es de carácter obligatorio.

3.1. Verificación de la garantía de derechos.

La Ley 1098 de 2006 dispone que “En todos los casos y de manera inmediata a su conocimiento, la autoridad competente deberá realizar la verificación de la garantía de derechos ordenada en el artículo 52 de esta ley” (Art.138). De esta disposición se desprenden dos conclusiones: La primera, la verificación de garantía de derechos es obligatoria y la segunda, la debe realizar la autoridad competente inmediatamente tiene conocimiento de los hechos. La autoridad competente en primer lugar sería el Defensor o Comisario de Familia y ante la pérdida de competencia de éstos el Juez de Familia.

El artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018 dispone:

En todos los casos en donde se ponga en conocimiento la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña y adolescente, la autoridad administrativa competente emitirá auto de trámite ordenando a su equipo técnico interdisciplinario la

verificación de la garantía de los derechos consagrados en el Título I del capítulo II del presente código...(art.52. L1098.2006.mod.art 1.L.1878.2018)

Esta disposición establece que la autoridad administrativa que tenga conocimiento de la presunta vulneración de derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, junto con su equipo interdisciplinario debe realizar la verificación de derechos. En esta norma se observa que la obligación de la verificación de derechos recaería únicamente en la autoridad administrativa, pero como quiera que el artículo 138 de la misma obra establece que dicha verificación la debe hacer la autoridad competente una vez tiene conocimiento de los hechos, el juez, cuando asume el conocimiento de la actuación por pérdida de competencia de la autoridad administrativa, no puede ser ajeno a esa verificación de derechos, más aún cuando ya han transcurrido como mínimo seis meses desde que la autoridad administrativa tuvo conocimiento de la actuación. Por lo que por el paso del tiempo, la situación del niño, la niña o el adolescente puede ser muy distinta incluso mucho más gravosa que cuando se dio inicio al trámite administrativo.

Respecto de la verificación de derechos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2014) señaló que:

La verificación de los derechos prevista en el artículo [52](#) de la Ley 1098 de 2006, es preciso señalar que la debe realizar la primera autoridad administrativa que conozca del evento de riesgo o daño para el menor de edad, más allá de criterios de competencia meramente formales.

Ésta verificación de derechos debe ser sin lugar a dudas real y efectiva, pero ante todo reflexiva, pues convertirla simplemente en un requisito de procedibilidad para que un niño, niña o adolescente sea atendido, sería ir en contravía de los derechos fundamentales de los menores de edad, que gozan de una protección reforzada (*Conc.105*).

Y la Corte Constitucional (2011) dijo:

En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 51, 52, 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

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 (T-502)

La verificación de derechos, es tal vez la etapa más importante del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ya que de ella se concluyen cuáles son los derechos que se encuentran amenazados o vulnerados y por consiguiente las medidas que deben ser adoptadas por la autoridad competente, para lograr su restablecimiento.

Es tan importante esta verificación de derechos, que la responsabilidad de su práctica recaerá en todo un equipo técnico interdisciplinario, de ahí en parte por ejemplo que los artículos 79 y 83 de la ley 1098 de 2006, establezcan que tanto las Defensorías como las Comisarías de Familia tengan una naturaleza multidisciplinaria, en las que converjan no solo el abogado que funja como defensor o comisario de familia, sino, sicólogos, trabajadores sociales y nutricionistas.

Según el artículo 52 de la ya citada Ley, el equipo interdisciplinario deberá realizar:

1. Valoración inicial psicológica y emocional.
2. Valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación.
3. Valoración inicial del entorno familiar.

4. Verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento.
5. Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social.
6. Verificación a la vinculación al sistema educativo (art.52.L.1098.2006).

De la valoración y verificación que haga el equipo interdisciplinario, se podrá concluir si existe o no vulneración de derechos y por consiguiente, de existir, conforme lo establece el artículo 99 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 3 de la ley 1878 de 2018, la autoridad competente debe dar inicio al proceso de restablecimiento de derechos, a menos que sea un asunto susceptible de ser conciliado, ya que “Si dentro de la verificación de la garantía de derechos se determina que es un asunto susceptible de conciliación, se tramitará conforme la ley vigente en esta materia” (par 3.art.52.L1098.2006.mod.art.1.L1878.2018). Es decir, que deberá tramitarse la conciliación conforme lo establece la ley 640 de 2001.

De ser necesario dar paso al proceso de restablecimiento de derechos, dependiendo de los derechos que se encuentren vulnerados y ante todo pensando siempre en el interés superior del niño, la niña o el adolescente, la autoridad competente debe adoptar de manera provisional o definitiva una o varias de las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006.

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.
3. Ubicación inmediata en medio familiar.
4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no proceda la ubicación en los hogares de paso.

5. La adopción.
6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.
7. Promover las acciones policivas administrativa o judiciales a que haya lugar (art.53.L1098.2006).

3.2. Trámite administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

La Corte Constitucional en sentencia (2018), plasmó el trámite administrativo de restablecimiento de derechos en el siguiente cuadro*:

Trámite de restablecimiento de derechos
1. <u>Presentación de la solicitud o apertura oficiosa de la investigación.</u> (L. 1098 de 2006, art. 99)
2. <u>Verificación de cumplimiento de derechos del menor.</u> Incluye la verificación del estado de salud, nutrición y vacunación, registro civil, familia de origen, entorno familiar y vinculación a los sistemas de salud, seguridad social y educativo. (L. 1098 de 2006, art. 52)
3. <u>Providencia de apertura de investigación.</u> Ordena: identificar y citar a los representantes o responsables del menor y a los implicados en el asunto, adoptar las medidas provisionales necesarias y practicar pruebas. (L. 1098 de 2006, arts. 99 y 102)
4. <u>Citación a audiencia de conciliación.</u> Solo cuando el asunto lo permite. (L. 1098 de 2006, art. 100)
5. <u>Definición de obligaciones de protección del menor.</u> Procede cuando el asunto no es conciliable, fracasa la audiencia de conciliación o no se realiza. (L. 1098 de 2006, art. 100)
6. <u>Traslado de la solicitud a demás personas interesadas o implicadas.</u> Se realiza por

un término de cinco días. (L. 1098 de 2006, art. 100)
7. <u>Fijación de audiencia para práctica de pruebas y fallo.</u> (L. 1098 de 2006, art. 99)
8. <u>Resolución que define la imposición de la medida.</u> Debe incluir una síntesis de los hechos, el examen de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión. (L. 1098 de 2006, art. 101) Contra ella procede el recurso de reposición, que se debe interponer verbalmente en la misma audiencia o en los términos del Código General del Proceso para quienes no asistieron. El recurso se debe resolver dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. (L. 1098 de 2006, art. 100)

*Cuadro tomado de la sentencia T.262 Expediente.T-6.450.687

3.2.1. Denuncia.

La actuación administrativa de restablecimiento de derechos, según lo establece el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 3 de la Ley 1878 de 2018, puede tener inicio por solicitud del “niño, la niña o adolescente, su presentante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, o cualquier persona” (art.99.L1098.2006.mod.art.3.L.1878.2018).

La puesta en conocimiento de los hechos a la autoridad administrativa no requiere de ningún tipo de formalidad o ritualidad, ya que basta con que de manera verbal se le informe la presunta vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, para que él de inmediato junto con el equipo interdisciplinario procedan a realizar la verificación de garantía de derechos. La Ley 1098 de 2006 señala que la verificación de derechos debe realizarse de manera inmediata, salvo que “el niño, la niña o el adolescente no se encuentre ante la autoridad administrativa competente” (par.2.art52.mod.art.1.L1878.2018). Concediéndose un término no superior a diez días para que se realice la verificación.

Cumplida con la verificación de la garantía de derechos y establecida la necesidad por parte de la autoridad administrativa competente de dar inicio al trámite administrativo de

restablecimiento de derechos, el Defensor o Comisario de Familia, debe someterse a las reglas de los artículos 99 y 100 de la ley 1098 de 2006, modificados por la ley 1878 de 2018.

Es importante tener presente respecto de la denuncia, la fecha en la que ésta es presentada a la autoridad administrativa, o en otras palabras, la fecha en que la autoridad administrativa tiene conocimiento de los hechos, ya que es desde ese momento en el que el término para poner fin al proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes empieza a contabilizarse. Según lo dispone el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018,

En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá excederse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial” (art.100. L 1098.2006. mod. art.4. L.1878.2018).

3.2.2. Auto de apertura.

El artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 3 de la ley 1878 de 2018 establece que el auto de apertura deberá ordenar:

1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo.
2. Las medidas de restablecimiento de derechos provisionales de urgencia que se requieran para la protección integral del niño, niña o adolescente.

3. Entrevista al niño, niña o adolescente en concordancia con los artículos 26 y 105 de este Código.

4. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente (art.99.L1098.2006.mod.art.3.L.1878.2018)

En el mismo auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la autoridad administrativa debe ordenar la notificación del inicio de la actuación al Ministerio Público, como quiera que según lo establece el artículo 95 de la Ley 1098 de 2006, los procuradores judiciales o en su defecto los personeros distritales o municipales, tienen la obligación de intervenir dentro de los procesos de restablecimiento de derechos, como garantes de los derechos fundamentales no solo de los niños, las niñas o los adolescentes, sino de cada una de las partes que puedan llegar a intervenir en el proceso.

El auto de apertura, según lo establece la misma disposición, no es susceptible de recursos. El auto de apertura como su nombre lo indica es aquel que da inicio al proceso administrativo de restablecimiento de derechos y por lo tanto debe ser debidamente motivado, suficientemente completo y detallado, ya que constituye el mapa de ruta del trámite administrativo.

... el acto de apertura de investigación en el PARD, es un acto de trámite, dado que hace parte de una secuencia de actuaciones (viene de la petición o conocimiento y la verificación de derechos) y no decide el fondo del asunto, ni hace imposible continuar con la actuación, pues a partir de éste, es que se inicia la actuación propiamente dicha y los interesados podrán hacerse parte dentro del proceso con el fin de ejercer su derecho de defensa, el cual está garantizado en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, cuando señala el término de traslado previa notificación para que se pronuncien y aporten

pruebas, traslado que si bien no es un recurso en estricto sentido si les permite el conocimiento de las decisiones, manifestarse sobre las mismas, hacer peticiones y solicitar las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso. Adicionalmente, su expedición no parte de una posición caprichosa de la autoridad sino de un antecedente como es la verificación de derechos, que es una actuación obligatoria y que permite contar al menos sumariamente con elementos objetivos de la inobservancia, amenaza o vulneración de derechos, que por supuesto podrán desvirtuarse por las partes en el curso del proceso (Conc.74.2016.Icbf).

3.2.3. Notificación del auto de apertura.

Como arriba se citó, el auto de apertura es la decisión de la autoridad administrativa que da inicio formal al proceso administrativo de restablecimiento de derechos y por lo tanto, debe ser notificado a las partes para que puedan intervenir en el proceso y si es necesario ejercer su derecho de defensa.

La citación y notificación de las partes al proceso, según lo establece el artículo 102 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 5 de la ley 1878 de 2018, debe realizarse siguiendo las reglas del procedimiento civil vigente, es decir el Código General del Proceso. Cuando se habla de las partes del proceso, según lo establece el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe entenderse que corresponde a “los representantes legales de los niños, niñas o adolescentes, los familiares o terceros responsables de su cuidado; y actúan como intervinientes dentro del trámite el Ministerio Público y el Defensor de Familia como Director del proceso”(Conc.88.2012.Icbf).

Así las cosas, proferido el auto de apertura, deberá citarse a las partes y al Ministerio Público, conforme lo establece el Código General del Proceso, es decir, enviando comunicación “por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones”(art.291.C.G.P). En la comunicación deberá precisarse el objeto de la misma y el tiempo del que el citado dispone para realizar su notificación personal (cinco días si está en el mismo municipio, diez días si está en un municipio distinto, o treinta días si se encuentra en el exterior). Si la parte citada comparece dentro del término que se le ha concedido, se le notifica personalmente el auto de apertura y se le correrá traslado por el término de cinco días para que ejerza su derecho de defensa (art.100.L.1098.2006.mod.art4.L1878.2018).

Si dentro del término que se le concede en la citación no comparece, debe procederse a su notificación por aviso, siguiendo las reglas del artículo 292 del Código General del Proceso.

Si eventualmente se desconoce la persona que debe ser citada o su dirección de notificación

... la citación se realizará mediante publicación en una página de Internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por un término de cinco días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuere posible.

La notificación en este último caso se entenderá surtida si transcurridos cinco (5) días, contados a partir del cumplimiento del término establecido para las publicaciones en los medios de comunicación, el citado no comparece

(art.102.L.1098.2006.mod.art.5.L1878.2018.).

Cumplida con la notificación en cualquiera de los eventos anteriores, la parte notificada dispone de cinco días para que se pronuncie respecto del auto de apertura y solicite las pruebas que considere necesarias.

3.2.4. Decreto, práctica de pruebas y fallo.

Tal y como lo establece el artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018, vencido el término de los cinco días, la autoridad administrativa debe preferir un auto decretando las pruebas solicitadas por las partes junto con las que considere

necesario que sean decretadas de oficio, pruebas que deberán practicarse conforme lo establece el Código General del Proceso.

Al deber dársele aplicación en esta etapa al Código General del Proceso, las pruebas deben estar sujetas al principio de inmediación, consagrado en el artículo 6 de la ley 1564 del 2012. Esto quiere decir que la autoridad administrativa debe estar presente al momento de la práctica de las pruebas, permitiendo en la respectiva audiencia la participación de las partes para su contradicción.

En el evento de que en el auto de apertura se hubieran decretado pruebas y éstas se hubieran practicado antes de la audiencia de práctica de pruebas y fallo, de éstas mediante auto se correrá traslado por el término de cinco días para que las partes puedan ejercer su derecho de contradicción. Vencido el término de traslado la autoridad administrativa deberá citar mediante auto que se notificará por estado a audiencia de práctica de pruebas y fallo.

Al principio de inmediación en la práctica de la prueba, el artículo 104 de la Ley 1098 de 2006, consagra como excepción la posibilidad de “comisionar a las autoridades administrativas que cumplan funciones de policía judicial”(art.104.L1098.2006), siguiendo las reglas del Código General del Proceso. Frente a la comisión para la práctica de pruebas, el C.G.P, establece “Excepcionalmente, podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo” (inc.2.art.171.C.G.P). Y los medios técnicos a los que hace referencia el mismo artículo son, la videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio que garantice la inmediación, concentración y contradicción.

Cumplida con la práctica de pruebas, la autoridad administrativa dentro de la misma audiencia deberá proferir fallo debidamente motivado, con sustento en las pruebas practicadas,

imponiendo las medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.

3.2.5. Recurso de reposición.

Proferido el fallo de restablecimiento de derechos, la decisión se notifica en estrados a los que asistieron a la audiencia y por estado para quienes no comparecieron. Las partes que no hayan quedado conformes con la decisión pueden interponer recurso de reposición oralmente si la notificación fue en estrados o “por escrito dentro de los tres días siguientes”(art.318.C.G.P) a la notificación de la decisión. Si el recurso es presentado verbalmente en audiencia, la autoridad administrativa deberá correr traslado inmediatamente, si es presentado por escrito previo a resolverse se debe correr traslado por tres días.

Cumplido con el traslado del recurso de reposición, dentro de los diez días siguientes la autoridad administrativa debe resolverlo (art.100.L.1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018), ya sea reponiendo la decisión o confirmándola. Cumplido término de los diez días si el recurso no es resuelto, la autoridad administrativa pierde competencia y debe remitir las diligencias al Juez de Familia para que resuelva la situación del niño, la niña o el adolescente en un término no mayor a dos meses (art.100.L1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018).

3.2.6. Homologación.

Si vence el término para interponer el recurso de reposición, o es interpuesto y su decisión sigue siendo insatisfactoria para las partes o el ministerio público, dentro de los quince días siguientes pueden solicitar a la autoridad administrativa el envío de las diligencias al juez de familia para su homologación, la que debe ser resuelta dentro de los veinte días siguientes a la radicación de las diligencias (art.100.L1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018).

La homologación consiste en el ejercicio de un control de legalidad a la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, en la que el juez de familia debe verificar el cumplimiento de las garantías procesales a los niños, las niñas o los adolescentes y a las partes del proceso, así como la prevalencia del interés superior de que trata el artículo 44 de la Constitución Política.

En la homologación se examina:

Principalmente la legalidad de la medida, no solo de declaratoria vulneración de derechos o de adoptabilidad, sino las que profiera el Defensor de Familia en una decisión que restablezca los derechos de los niños, niñas o adolescentes, esto es, que se haya dado conforme a derecho, con fundamento en unas pruebas recaudadas bajo los principios de publicidad y contradicción, sin olvidar lógicamente los derechos fundamentales de los menores de edad (Conc.132.2015.Icbf).

En al mismo sentido la Corte Constitucional (2011) preciso que el juez de familia en la homologación:

... no se limita a que se cumplan las reglas procesales sino que también le permite establecer si la actuación administrativa atendió el interés superior del niño, la niña o el adolescente en proceso de restablecimiento de derechos y, por esta vía, también tiene el deber de ordenar las medidas que considere necesarias para el efectivo restablecimiento de los derechos del niño (T.502).

3.3. Proceso judicial de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Como se ha venido diciendo, el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, corresponde por regla general a un trámite administrativo, pero como

toda regla tiene una excepción, cuando la autoridad administrativa no resuelve el proceso administrativo dentro de los términos que consagra la ley 1098 de 2006, pierde competencia y debe remitir las diligencias al Juez de Familia para su conocimiento.

Son tres los eventos en los que la autoridad administrativa pierde competencia:

1. Cuando han transcurrido seis meses desde que la autoridad administrativa tuvo conocimiento de los hechos y no se ha resuelto el proceso de restablecimiento de derechos (art.100.L.1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018).
2. Cuando interpuesto el recurso de reposición en contra de la decisión que impone la medida de restablecimiento de derechos, la autoridad administrativa no lo resuelve dentro de los diez días siguientes (art.100.L.1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018).
3. Cuando el término del proceso de restablecimiento de derechos y el de seguimiento de la medida de restablecimiento de derechos supere los dieciocho meses sin que la autoridad administrativa haya declarado el cierre del proceso (art.103.L.1098.2006.mod.art.6.L1878.2018).

Ante la ocurrencia de cualquiera de esos eventos, la autoridad administrativa de manera inmediata debe remitir las diligencias al juez de familia para su conocimiento. En la situación número uno, el juez en aplicación a lo dispuesto en el artículo 390 del Código General del Proceso, debe impartirle a la actuación el trámite del proceso verbal sumario. En cuanto al trámite a seguir en las otras dos circunstancias que se pueden presentar, no se hará ningún desarrollo más adelante, como quiera que no son objeto de desarrollo en este trabajo.

3.3.1. Trámite del proceso verbal sumario.

El Código General del Proceso en el título segundo del libro tercero, regula el trámite del proceso verbal sumario, trámite que según lo establece el artículo 390 de la misma obra, debe

impartírsele al proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuando la autoridad administrativa ha perdido competencia.

Como quiera que el legislador al establecer la pérdida de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento de los términos y ordenar la remisión al juez para el trámite del proceso, no definió la forma en que el juez debía asumir la competencia, ni que ocurría con las actuaciones que ya había adelantado la autoridad administrativa, sino que se limitó simplemente a ordenar su envío y fijar el trámite de la actuación como un proceso verbal sumario, ha de entenderse que una vez llega la actuación al conocimiento de la autoridad judicial, previo a dictar sentencia deben agotarse todas y cada una de las etapas de dicho proceso, desde la integración de la Litis, con la publicación de los emplazamientos y designación de curador ad litem si es necesario, así como lo dispuesto en los artículos 391 y 392 del Código General del Proceso. Todo lo anterior en un término no superior a dos meses, so pena de perder competencia y verse obligado a remitir las diligencias al juez de familia, civil o promiscuo municipal que siga en turno (art.100.L.1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018).

4. Interés superior del niño, la niña y el adolescente frente al trámite del proceso verbal sumario en el restablecimiento de derechos.

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo, el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, es un trámite administrativo que se encuentra plenamente reglado en la ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia. Proceso que como lo señala el artículo 50 de la misma ley, busca “la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados (art.50.L.1098.2006)”. El legislador para cumplir ese objetivo y lograr una efectiva y pronta protección de los derechos, fijo reglas claras en materia administrativa, para que tanto la autoridad administrativa competente, las partes del proceso y el ministerio público, pudieran tener certeza no solo de su rol dentro de la actuación, sino de la posibilidad de intervenir dentro del proceso y ejercer su derecho de defensa.

Como quiera que el objeto del trámite del proceso que nos ocupa, es restablecer los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, que por alguna circunstancia se han visto afectados, cada una de las actuaciones de las autoridades y de las partes, deben propender por garantizar efectivamente el respeto y protección de sus derechos. Debiéndose garantizar ante todo el interés superior del niño, la niña y el adolescente. Esa garantía de derechos y el respeto del interés superior, se logran en gran medida con reglas claras de procedimiento, que como ya se dijo, permitan la materialización de los derechos.

El legislador centró sus esfuerzos en establecer un trámite administrativo de restablecimiento de derechos, pero restó importancia al trámite judicial que debía seguirse ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, haciendo ver esa pérdida de competencia como una

simple sanción al Defensor o Comisario de Familia y no como una forma realmente efectiva para la materialización de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

La autoridad administrativa según establece el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, dispone de hasta seis meses, contados desde el momento en que tuvo conocimiento de los hechos que vulneran o amenazan los derechos, para fallar el proceso administrativo. Periodo de tiempo, en que la autoridad administrativa pudo haber adelantado alguna de las actuaciones a que hacen referencia los artículos 99 y 100 de la ley 1098 de 2006, modificados por la ley 1878 de 2018. Actuaciones que al ser remitidas al juez de familia, civil municipal o promiscuo municipal, al tratarse de un proceso de única instancia (num.8.art.21.C.G.P), podría pensarse que son ineficaces, ya que el legislador no señalo que la autoridad judicial continuara con la actuación adelantada por el defensor o comisario de familia.

El legislador dispuso en la ley 1098 de 2006, el envío de las diligencias al Juez de Familia para que defina “la situación jurídica del niño, la niña o adolescente en un término máximo de dos meses” (art.100.L1098.2006.mod.art.4.L.1878.2018). Por lo que para poder resolver la situación jurídica, el juez debe someter el asunto a todo el trámite del proceso verbal sumario, tal y como lo establecen los artículos 390, 391 y 392 del Código General del Proceso.

4.1. Ineficacia del proceso verbal sumario para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Para Sajón y García, según cita Benítez (2017.p.619):

El derecho adjetivo de menores se refiere al procedimiento y a los institutos y demás medios y recursos de naturaleza especial y diferente al procedimiento ordinario, criminal o civil. Este derecho procesal o adjetivo no trata de la regulación de un proceso de partes estrictamente jurisdiccional, sino que tiene por objetivo y por fin una mera declaración a

la protección a favor del menor y mediante una resolución un acuerdo del organismo jurisdiccional especial.

Entendido el derecho de menores, según lo define el mismo autor (2017.p.611), como “Toda norma jurídica que se refiera al menor de edad, esto es, a su situación jurídica desde cualquier punto de vista, pertenecerá al derecho de menores”. Puede concluirse que el trámite del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, hace parte del derecho de menores, como quiera que con éste se busca la protección y garantía de sus derechos, con decisiones que resuelvan su situación jurídica, sin que sea necesaria la confrontación de dos o más partes, ya que el fin del proceso no es imponer una condena, sino restablecer los derechos que han sido vulnerados.

Al no ser el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes un proceso de partes, tal y como se mostrara a continuación, el proceso verbal sumario no es eficaz a la hora de resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente que lleva esperando seis meses o más a que su situación jurídica sea resuelta. Además, si bien no es un proceso de partes, su ineficacia e ineficiencia surgen al tener que tramitarse nuevamente el proceso desde ceros, es decir, desde la admisión por parte del juez y la notificación de los sujetos procesales.

La eficacia, entendida como la capacidad de producir el efecto que se desea, es analizada por la Corte Constitucional en el año 2003, quien apoyada en la escuela realista escandinava del derecho, señala que la eficacia puede ser entendida en dos sentidos, jurídico y sociológico. Desde el punto de vista jurídico, que es la que aplica para el desarrollo de este trabajo, “hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma... aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en el derecho”. Y el punto de vista sociológico, que “se refiere a

la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable” (C-873).

La escuela del realismo jurídico,

“pretende llevar la razón a la solución de los problemas prácticos, por lo cual el pragmatismo es a veces conocido como instrumentalismo, pues para esta tendencia filosófica, la verdad de una proposición corresponde a su utilidad para obtener resultados benéficos para las personas.”(Uprimny, Rodriguez 2006 p.155)

Como se indicó en precedencia la eficacia jurídica y la eficacia sociológica a la que se refiere el Tribunal Constitucional, tiene como sustento la escuela del realismo jurídico en su vertiente escandinava, cuyo principal exponente es Alf Ross. Ross (2008), en su escrito “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, señala que la norma o el acto jurídico son eficaces, cuando cumplen los efectos que se desean con ellos. Desde esa perspectiva, es que a continuación se demostrará que el trámite del proceso verbal sumario, aplicado a la garantía de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, no permite adoptar medidas oportunas de restablecimiento de derechos, valga la redundancia, dentro del plazo que el legislador en la norma especial le concede al juez, situación ésta que lo convierte en ineficaz al no cumplir con los efectos que se esperan de dicho trámite, tal y como se expone a continuación.

4.1.1. Naturaleza del proceso verbal sumario

El legislador al regular el proceso verbal sumario y los asuntos que deben someterse a su trámite, tal y como lo establece el artículo segundo del Código General del Proceso, buscó garantizar el acceso a la administración de justicia, de tal forma que con fundamento en el debido

proceso y el cumplimiento de los términos procesales se lograra la “tutela jurisdiccional efectiva” (art.2.C.G.P). La tutela jurisdiccional efectiva comprende:

... no solo la posibilidad de acceder a la jurisdicción en cualquier momento y lugar, sino el derecho a la protección mediante las garantías mínimas del debido proceso, a lograr la resolución del litigio luego de una “...duración razonable...”, a obtener sentencia de fondo que resuelva definitivamente el conflicto (Tejeiro. Introducción.parr.6.2014).

Es de resaltar la necesidad de garantizar el debido proceso para la materialización y eficacia de la administración de justicia. Es así como el debido proceso se garantiza respetando y cumpliendo fielmente con cada una de las etapas y términos procesales que fijó el legislador dentro del Código General del Proceso, partiéndose de la base que las normas procesales son de orden público, de interpretación restrictiva y por lo tanto inmodificables por el funcionario judicial o por las partes.

Si bien la tutela jurisdiccional efectiva se convierte en el fundamento de la administración de justicia en cada uno de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, esta garantía adquiere aún más relevancia cuando debe conocer de los procesos de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, como quiera que el objeto del proceso es precisamente el restablecimiento de derechos de sujetos de especial protección, en atención a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política.

Siendo uno de los elementos de la tutela jurisdiccional efectiva proferir en tiempo razonable decisiones que resuelvan de fondo el asunto y en el tema que nos ocupa, imponer medidas de restablecimiento de derechos efectivas, el proceso verbal sumario no es el trámite idóneo para tramitar el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en atención a que el juez al asumir el conocimiento del proceso debe adecuar el informe o las

diligencias remitidas por la autoridad administrativa y tramitarlo nuevamente bajo las reglas de los artículos 391 y 392 del Código General del Proceso, *ya que no se trata de un control de legalidad como ocurre con la homologación de las decisiones del Defensor o Comisario de Familia, sino que se trata de resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente previo cumplimiento de cada una de las etapas del proceso.*

La Corte Constitucional (2008) declarando la exequibilidad de algunos apartes del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, señaló que:

... es constitucionalmente válido que el párrafo 2º del mismo artículo establezca que si la autoridad administrativa no toma su decisión sobre la actuación o sobre el recurso de reposición dentro del término legal correspondiente, pierda la competencia y deba remitir el expediente al Juez de Familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo. En ambos casos se pone de manifiesto el interés plausible del legislador de otorgar efectividad a la protección especial de los menores, mediante decisiones calificadas por parte de una jurisdicción especializada, que otorgan certeza con carácter definitivo y confieren también celeridad al reconocimiento de sus derechos (C-740).

La Corte resalta el interés del legislador en propender porque las decisiones en ese tipo de procesos ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, sean proferidas no solo de manera pronta, sino que también por autoridades calificadas.

En cuanto a la calificación de las decisiones no existiría discusión, pero respecto de la celeridad si, ya que el legislador en ese mismo artículo que ahora se encuentra modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, se limitó a fijar el término de duración del proceso y la sanción de la pérdida de competencia por no resolver la situación del niño, la niña o el adolescente dentro de los seis meses a que se tuvo conocimiento de los hechos y a ordenar el

envío al juez de familia para que resuelva la situación jurídica en un periodo de dos meses. Pero no definió como debía ser tramitado ese proceso por el Juez de Familia para que de manera efectiva fuera resuelta la situación jurídica en el término que se le concede. Al no haberse dispuesto como debe ser tramitado el proceso de restablecimiento de derechos por parte del juez, debe acudir por remisión al Código General del Proceso, que en su artículo 21 dispone que se trata de un proceso de única instancia, que por lo tanto no solo es de competencia de los Jueces de Familia, sino también de los Jueces Civiles o Promiscuos Municipales en los lugares donde no haya Juez de Familia y que en su artículo 390 lo encasilla dentro de los asuntos a los que debe impartírseles el trámite del proceso verbal sumario. Lo que implica, que no puede continuarse con el trámite adelantado por la autoridad administrativa y simplemente resolver de forma pronta la situación del niño, la niña o el adolescente al que se le han vulnerado sus derechos, ya que debe iniciarse de nuevo la actuación pero ahora bajo las reglas de los artículos 391 y 392 del citado código, circunstancia que hace aún más gravosa la situación de una persona que goza de especial protección ya que debe esperar hasta dos meses más para que se profieran las medidas necesarias que permitan el restablecimiento de sus derechos.

Además de lo anterior, tal como ya se señaló dada la naturaleza del asunto, el proceso de restablecimiento de derecho no es de partes, en el que se busque el reconocimiento de una pretensión o la imposición de una condena, sino un proceso en el que se busca la imposición de medidas que permitan el restablecimiento de los derechos que según la verificación de la garantía de derechos, se han vulnerado. Por el contrario, el proceso verbal sumario es un proceso de partes, tanto así que para dar inicio a su trámite se requiere de la presentación de una demanda, en la que por lo tanto hay una parte demandante y una parte demandada. En el restablecimiento de derechos no hay demanda y por consiguiente, no hay parte demandante ni una parte

demandada, lo que existe es un informe que remite la autoridad administrativa y un niño, una niña o un adolescente que espera que sus derechos sean restablecidos.

El proceso verbal sumario es un proceso de partes, ya que requiere la presentación de una demanda y la vinculación de una contraparte con el fin de trabar una Litis. Pero así mismo, su trámite se encuentra bajo la dirección de un juez. Razón por la que se dice que tiene una naturaleza mixta. Eso quiere decir, que es adversarial en cuanto al protagonismo de las partes en la presentación de la demanda y su contestación, e inquisitivo en las etapas restantes, en atención a la dirección del proceso por parte del juez.

...el CGP en lo que tiene que ver con la estructura del desarrollo de los procesos sometidos a su regulación, adopta también en esta parte un sistema mixto, entre lo adversarial y lo inquisitivo. Con una primera etapa escrita que consiste en la presentación de la demanda como en su contestación (principio dispositivo). Suplida esta etapa las siguientes actuaciones estarán impulsadas por el juez o jueza (principio inquisitivo) y se desarrollan en forma oral y por audiencias. En consecuencia, se concluye que el CGP en lo que tiene que ver con la estructura del desarrollo de los procesos sometidos a su ritualidad, adopta también un sistema mixto, donde las actuaciones judiciales se inician a petición de parte y excepcionalmente de oficio; una vez el juez o jueza asumen el conocimiento es este el director del proceso, facultado a impulsar las actuaciones judiciales, extinguiendo la posibilidad que el CGP establezca un sistema adversarial puro (Quiroz.2014.p.58).

De lo anterior se puede concluir, que la naturaleza mixta del proceso verbal sumario, no se encuadra dentro de la naturaleza del proceso de restablecimiento de derechos, como quiera que al no ser un proceso de partes, su naturaleza se torna plenamente inquisitiva, ya que es el juez como

director del proceso quien debe dar inicio a la actuación sin que medie demanda, tan solo el informe de la autoridad administrativa y por consiguiente impartirle todo el impulso procesal que permita el restablecimiento de los derechos.

4.1.2. Artículo 13 del Código General del Proceso.

En primer lugar es preciso señalar que el Código General del Proceso es claro en señalar que “Las normas procesales son de orden público y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley” (art.13.C.G.P).

Lo anterior quiere decir, que bajo ninguna circunstancia el juez puede modificar el trámite del proceso, por lo que debe respetar cada una de sus etapas y términos. Por tal razón, como quiera que el artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018, obliga al juez de familia a asumir la competencia del proceso de restablecimiento de derechos, ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa, el Juez de Familia debe impartirle a la actuación, el trámite del proceso verbal sumario consagrado en los artículo 391 y 392 del Código General del Proceso. Adecuando los informes o diligencias remitidas por la autoridad administrativa para que el proceso pueda ser tramitado conforme lo establecen los artículos citados. Para dicha adecuación el funcionario judicial goza de las facultades que le concede el mismo código en los artículos 11, 42 y 43. Hecha la adecuación, el juez debe sujetarse a la reglas del proceso verbal sumario, dictando el auto admisorio si resulta procedente, según las reglas del artículo 90 del Código General del Proceso y ordenando la notificación a las partes.

Así las cosas, al tener que empezar nuevamente con el trámite del proceso, puede pensarse que los seis meses que duró el trámite administrativo se pierden, ya que el juez al ser las normas procesales de orden público no puede modificarlas ni adecuarlas, de tal forma que le permitan

continuar con la actuación administrativa, por lo que debe iniciarse desde cero el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

4.1.3. ¿Y la verificación de garantía de derechos?

Como se dijo anteriormente, recibido el informe o diligencias que envía la autoridad administrativa, el juez conforme a las facultades que le conceden los artículos 11, 42 y 43 del Código General del Proceso debe adecuarlas e impartirle el trámite del proceso verbal sumario. Pero dentro de esa adecuación, debe tenerse en cuenta la naturaleza del asunto y su fin último, es decir, el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. De acuerdo esa finalidad, la Ley 1098 de 2006 en su artículo 52 consagra la verificación de garantía de derechos por parte de las Defensorías o Comisarías de Familia, con el fin establecer la situación real del niño, la niña o el adolescente, e identificar qué derechos se les han vulnerado. Dicha verificación, se convierte en el mapa de ruta del proceso administrativo, ya que con base en ella la autoridad administrativa profiere el auto de apertura y da inicio al proceso.

La verificación de garantía de derechos como su nombre lo indica, permite la identificación de los derechos que deben ser restablecidos. Y de dicha verificación, dependerá el trámite del proceso y por consiguiente las medidas de restablecimiento que se adopten. Siendo necesaria la verificación de garantía de derechos, esta etapa no se encuentra establecida dentro del trámite judicial, al no ser una etapa más del proceso verbal sumario. No obstante no estar reglada dentro del trámite del proceso, el artículo 138 de la Ley 1098 de 2006, si consagra la obligación de su práctica, ya que sin ella la autoridad que tiene conocimiento de la actuación, no podrá identificar la situación real del niño, la niña o el adolescente, ya que si bien la autoridad administrativa debió hacer dicha verificación para dar inicio al proceso administrativo, la situación de vulneración de derechos pudo haber cambiado en los seis meses que el Defensor o Comisario de

Familia conoció del proceso, por la que la situación del niño, la niña o adolescentes puede ser muy distinta para el momento en el que el Juez asume el conocimiento.

Razón por la que el funcionario judicial al hacer la adecuación del proceso, debe ordenar realizarla. Pero al ordenarla se verá enfrentado a otra dificultad, ya que necesita de un equipo técnico interdisciplinario, psicólogo, trabajador social y nutricionista(art.79.L.1098.2006), equipo técnico del que no dispone, ya que como puede observarse en el Acuerdo PSAA15-10402, los Juzgados de Familia además del juez están conformados por un secretario, escribiente, sustanciador, citador y asistente social (C.S.J.2015) y los juzgados civiles o promiscuos municipales tienen la misma planta de personal a excepción del asistente social. Razón por la que tendría que comisionar para practicarla. Situación que dilataría el inicio del proceso y por consiguiente un posible vencimiento de términos, que implicaría una pérdida de competencia, ya que según lo dispone el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, para resolver la situación jurídica del niño, la niña o adolescente tiene un término de dos meses. Dos meses en los que debe cumplir con todo el trámite del proceso verbal sumario.

4.1.4. Notificación a las partes.

Dentro de la admisión de la demanda o petición de restablecimiento de derechos, el juez debe ordenar la notificación a las partes, las cuales deben ser identificadas por el juez de acuerdo al informe o expediente que remita la autoridad administrativa. Para efectos de notificar el inicio de la actuación el juez debe ceñirse a las reglas de los artículos 291 (notificación personal) y 292 (notificación por aviso) del Código General del Proceso.

En esta etapa, en atención al cumplimiento de los términos para la notificación y traslados, es donde surge una de las grandes dificultades en el trámite del restablecimiento de derechos bajo las reglas del proceso verbal sumario, como quiera que el juez cuenta con dos meses para

resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente. Puede decirse que si en el informe o expediente que remite al juez la autoridad administrativa, se encuentra la información para efectos de notificación de las partes, no habría dificultad, pero si esa información no aparece y por consiguiente se desconoce el lugar de notificación de quienes deben comparecer al proceso, debe procederse a su emplazamiento en los términos del artículo 108 del Código General del Proceso.

Cuando esta situación se presenta dentro del trámite del proceso administrativo,

... la citación se realizará mediante publicación en una página de internet del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por un término de cinco días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, que incluirá una fotografía del niño, si fuera posible.

La notificación en este último caso se entenderá surtida si transcurridos cinco (5) días, contados a partir del cumplimiento del término establecido para las publicaciones en los medios de comunicación, el citado no comparece

(art.102.L1098.2006.mod.art.5.L.1878.2018).

Si dentro del trámite administrativo se desconoce el lugar de notificación de alguna de las partes, la notificación se entiende surtida vencido el término de cinco días de la publicación.

No ocurre lo mismo dentro del proceso verbal sumario, ya que si se desconoce el lugar de notificación de alguna de las partes, debe procederse a su emplazamiento, bajo las reglas del artículo 108 del Código General del Proceso, es decir, realizar la publicación en medio masivo de comunicación y la inscripción en el Registro Nacional de Personas Emplazadas del Consejo Superior de la Judicatura. Para que vencido el término de los quince días que indica la norma, el juez proceda a designar curador ad litem, con quien se surtirá la notificación. Prologándose así la

vinculación de las partes al proceso y por consiguiente la posibilidad de que el proceso sea resuelto dentro de los dos meses que concede el legislador.

4.1.5. Duración del proceso.

El artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, establece un término de dos meses improrrogables para que el juez, una vez radicado el proceso en su despacho, resuelva la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente. Término en el cual, como se ha venido diciendo, debe cumplirse con cada una de las etapas del proceso verbal sumario.

Como se demostrará, ante el deber del juez del cumplimiento de los términos procesales para efectos de notificaciones y traslados, el término de los dos meses que el legislador le concede para el trámite del proceso de restablecimiento de derechos a través de las etapas del proceso verbal sumario resulta insuficiente. A continuación se mostraran algunos ejemplos de situaciones que se pueden presentar en el trámite del proceso verbal sumario que permiten demostrar esta hipótesis.

4.1.5.1. Caso 1. Este ejemplo se plantea con el conteo de los términos del proceso y la duración de los tiempos de entrega de correspondencia prioritaria de la empresa de servicio de envíos nacionales 4/72. Tiempos de entrega para correspondencia prioritaria de 3 a 10 días, dependiendo de la tipología del municipio.(Matriz.4/72)

- 1 de octubre de 2019. Radicación del proceso.
- 2 de octubre de 2019. Auto inadmite demanda. Se conceden 5 días para subsanar. Artículo 90 C.G.P.
- 3 de octubre de 2019. Notificación del auto por estado. Artículo 295 C.G.P
- Del 4 al 10 de octubre de 2019 término para subsanar.

- 11 de octubre de 2019. Ingresan las diligencias al despacho para resolver sobre la admisión.
- 15 de octubre de 2019. Auto admisorio.
- Del 16 al 18 de octubre de 2019. Término de ejecutoria del auto. Artículo 302 C.G.P.
- 21 de octubre de 2019. Cumplimiento del auto por secretaría y envío de la citación para notificación personal.
- 24 de octubre 2019. La parte citada recibe la citación para notificación personal. Según los tiempos de entrega de 4/72
- Del 25 de octubre al 8 de noviembre de 2019. Término de 10 días para que la parte comparezca a notificarse personalmente. (cuando no reside en el mismo municipio) Artículo 291 C.G.P
- 12 de noviembre de 2019. La parte no comparece y se hace necesario el envío de la notificación por aviso. Artículo 292 C.G.P
- 15 de noviembre de 2019. La parte recibe la notificación por aviso. Según los tiempos de entrega de 4/72.
- Del 18 al 29 de noviembre de 2019. Término de traslado para contestar la demanda.
- 2 de diciembre de 2019. Para esa fecha al funcionario judicial ya se le ha vencido el término de los dos meses para resolver la situación jurídica del menor.

4.1.5.2. Caso 2. Este ejemplo se plantea con el conteo de los términos del proceso verbal sumario y el emplazamiento que debe surtirse al desconocerse el lugar de notificación de la parte que debe ser citada.

- 1 de octubre de 2019. Radicación proceso.
- 2 de octubre de 2019. Auto admisorio.
- 3 de octubre de 2019. Notificación por estado. Artículo 295 C.G.P

- Del 4 al 8 de octubre de 2019. Término de ejecutoria.
- 9 de octubre. Se cumple el auto por secretaría y se envía la comunicación para su publicación. Artículo 108 C.G.P.
- 15 de octubre de 2019. (según los tiempos de entrega de 4/72). Recibido de la comunicación para su publicación.
- 16 de octubre de 2019. Publicación del emplazamiento en medio de comunicación.
- 17 de octubre de 2019. Recibido en el despacho judicial del comprobante de la publicación.
- 18 de octubre de 2019. Publicación en el Registro Nacional de Emplazados del Consejo Superior de la Judicatura.
- Del 21 de octubre al 12 de noviembre de 2019. Término del emplazamiento. Artículo 108 C.G.P
- 13 de noviembre de 2019. Designación de curador Ad Litem. Artículo 108 C.G.P.
- 14 de noviembre de 2019. Envío de la designación por correo electrónico.(suponiendo que el juzgado lo tenga).
- 15 de noviembre de 2019. Toma de posesión del auxiliar de la justicia.
- Del 18 al 29 de noviembre de 2019. Término de traslado para contestar la demanda.
- 2 de diciembre de 2019. Para esta fecha la autoridad judicial ha perdido competencia.

4.1.5.3. Caso 3. Si la persona a notificar reside en el exterior.

- 1 de octubre de 2019. Radicación del proceso.
- 2 de octubre de 2019. Auto admisorio.
- 3 de octubre de 2019. Notificación por estado del auto admisorio. Artículo 295 C.G.P
- Del 4 al 8 de octubre de 2019. Término de ejecutoria.
- 9 de octubre de 2019. Cumplimiento del auto y envío de la comunicación.

- 15 de octubre de 2019. Suponiendo que en tres días llega la comunicación a la parte que se encuentra en el exterior.
- Del 16 de octubre al 28 de noviembre de 2019. Término para comparecer a notificarse personalmente. Artículo 291 C.G.P
- Del 29 de noviembre al 12 de diciembre de 2019. Término de traslado del escrito de demanda.
- 13 de diciembre de 2019. La autoridad judicial ya ha perdido competencia.

Como se demuestra con los casos planteados, el término de los dos meses que le concede el legislador al juez para que resuelva la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente resulta insuficiente, no solo por las dificultades que se pueden llegar a presentar al momento de la vinculación de las partes del proceso, sino por las demoras adicionales que se pueden llegar a presentar para la práctica de pruebas, ya que al no contar los Juzgados de Familia, Civiles o Promiscuos Municipales, con equipo técnico interdisciplinario que les permitan practicar las valoraciones necesarias a los niños, las niñas o los adolescentes, se ven en la obligación de oficiar o de librar despachos comisorios para que éstas sean practicadas, lo que lógicamente dilatará aún más el término para fallar el proceso e imponer las medidas necesarias de restablecimiento de derechos.

4.2. Del cumplimiento de las garantías procesales en el Proceso Verbal Sumario

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia y la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (L.12.1991), que hace parte del bloque de constitucionalidad, proclaman el interés superior del menor de dieciocho años. Interés superior en virtud el cual, el Estado a través de sus instituciones, la sociedad y la familia deben garantizar a los niños, las niñas y los

adolescentes sus derechos, obligando al Estado a intervenir cuando éstos se ven afectados y se hace necesario su restablecimiento.

El Código de la Infancia y la Adolescencia o Ley 1098 de 2006 consagra quienes son las autoridades competentes y cuál es el trámite a seguir cuando se hace necesario el restablecimiento de derechos. Es así que el legislador estableció un trámite administrativo en cabeza de los Defensores y Comisarios de Familia, autoridades especializadas, que junto con un equipo técnico interdisciplinario, dan trámite e impulso al proceso de restablecimiento de derechos bajo las reglas del artículo 100 de la ley 1098 de 2006, hoy modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018. Bajo esas reglas, como quiera que se encuentran en juego derechos de personas que gozan de especial protección, se fijó un término de hasta seis meses para que la autoridad administrativa resolviera la situación jurídica del niño, niña o adolescente. Vencido el término sin que la situación del niño, la niña o el adolescente se hubiera resuelto, automáticamente el Defensor o Comisario de Familia pierde competencia y debe remitir las diligencias al Juez de Familia, Civil o Promiscuo Municipal.

Si bien como ya se señaló, son tres los eventos en los que la autoridad administrativa pierde competencia, éste trabajo se centró en la pérdida de competencia por el vencimiento del término para fallar, que es de seis meses. Es así, como ante la pérdida de competencia del Defensor o Comisario de Familia, es el juez quien debe asumir el conocimiento de la actuación y en un término que no puede exceder de dos meses (art.100.L1098.2006.mod.art.4.L1878.2018), resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente. Pero olvido el legislador en esa oportunidad al establecer la pérdida de competencia, definir bajo qué condiciones debía asumir el juez el conocimiento del proceso y cuál sería el trámite a seguir. Al no establecerse el trámite judicial del proceso de restablecimiento de derechos dentro del cuerpo normativo que regula la

materia, se hace necesaria la remisión al Código General del Proceso, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1.

Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes (art.1.C.G.P).

En virtud de lo anterior, en el artículo 390 del C.G.P se definió que el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, debía ser tramitado bajo las reglas del proceso verbal sumario, artículos 391 y 392 del C.G.P. Proceso verbal sumario que el juez debe tramitar en un término no superior a dos meses y en el cual, el juez debe propender por imponer una medida de restablecimiento de derechos efectiva, que realmente corresponda a la situación actual del niño, la niña o el adolescente.

Tal y como en el primer capítulo de este trabajo se mencionó, entre los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, se encuentra el derecho fundamental al debido proceso, derecho que no solo puede ser objeto de restablecimiento, sino que además debe ser garantizado tanto en curso del proceso administrativo, como en el trámite del proceso judicial. Y que además, se materializa indirectamente, con el respeto de las garantías procesales a los demás intervinientes dentro del proceso, como a sus padres o cuidadores, dadas las implicaciones de las decisiones que se adoptan en el curso del proceso.

En virtud de esa garantía y la naturaleza de la ley procesal, el juez debe cumplir y agotar cada una de las etapas del proceso verbal sumario, antes de imponer en la sentencia la medida de restablecimiento de derechos. Y es ahí, cuando en cumplimiento de los términos y garantías del proceso verbal sumario, como en los numerales anteriores se indicó, se puede llegar a superar el

término establecido en la norma especial para el trámite del proceso por parte juez. Situación que torna ineficaz el proceso y hace aún más gravosa la situación del niño, la niña o el adolescente que se encuentra a la espera del restablecimiento de sus derechos.

El hecho de que el legislador no hubiera definido en la norma especial, Ley 1098 de 2006, cual debía ser el trámite a seguir por parte del juez ante la pérdida de competencia en el evento en que se plantea, obliga al funcionario judicial a reiniciar el proceso que se venía adelantado en sede administrativa, dándose en consecuencia por perdidas las actuaciones que durante seis meses pudieron haber adelantado por parte del Defensor o Comisario de Familia, ya que debe proferirse nuevamente el auto admisorio de la actuación y cumplirse con su notificación.

Sumado a lo anterior y al trámite del proceso verbal sumario, el artículo 138 de la ley 1098 de 2006 establece la obligación a la autoridad competente, de realizar la verificación de garantías y derechos, siguiendo las reglas del artículo 52 de la misma ley (art.138.L.1098.2006). Eso quiere decir, que el juez una vez sean radicadas las diligencias debe proceder a realizar dicha verificación, enfrentándose a la dificultad de no tener un equipo interdisciplinario que le permita hacer las valoraciones respectivas, razón por la que deberá comisionar a distintas entidades o incluso al mismo equipo interdisciplinario de la autoridad administrativa que perdió competencia, para que éstas sean practicadas. Situación que por lo tanto dilatará aún más el trámite del proceso.

Pese a no tener el juez el equipo interdisciplinario necesario y al afán para resolver el asunto dentro de los dos meses que se le conceden, a esta verificación no puede restársele importancia.

Ya que en primer lugar la situación del niño, la niña o el adolescente pudo haber cambiado dentro de los seis meses que duró la actuación administrativa y en segundo lugar, se hace

necesaria para poder definir cuáles son los derechos que se encuentran vulnerados, para así lograr imponer una medida de restablecimiento realmente efectiva de sus derechos.

4.3. La omisión del legislador en la remisión del proceso por pérdida de competencia.

Artículo 100 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la ley 1878 de 2018.

La Corte Constitucional (2008) en una de las sentencias ya citadas, justifica la decisión del legislador de remitir el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, a una autoridad judicial ante la pérdida de competencia por el vencimiento del término para fallar, en la necesidad de obtener decisiones oportunas, calificadas y especializadas (C-740).

A lo largo de este trabajo se ha hecho ver lo ineficaz que resulta desde el punto de vista procesal, la remisión del proceso de restablecimiento de derechos al Juez de Familia, Civil o Promiscuo Municipal. Ineficacia que se debe a la falta de regulación por parte del legislador, del trámite que debe adelantar el juez, cuando se ve obligado a asumir el conocimiento de la actuación.

El artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, hoy modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, se limita a ordenar la remisión del expediente al Juez de Familia. Pero ni en ese artículo ni en uno anterior o posterior de la ley especial, se indica cómo debe proceder el juez al momento de recibir las diligencias. Lo que si estableció esa ley especial, es la obligación de la autoridad competente del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de realizar la verificación de garantía de derechos, una vez se asume el conocimiento (art.138.L.1098.2006).

Como en la ley 1098 de 2006 quedó ese vacío, el juez debe acudir en atención a su naturaleza procesal, al Código General del Proceso en el que encuentra que al no existir una norma especial que regule el procedimiento judicial de restablecimiento de derechos, debe guiarse por las disposiciones y reglas de ese código (art.1.L.1564.2012). Al seguir las reglas del C.G.P, se encuentra en primer lugar que la especialidad de que habla la Corte Constitucional en la sentencia arriba citada, no es tal, ya que no solo el Juez de familia es competente para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, sino que también lo son el Juez Civil o Promiscuo Municipal (art.17.L.1564.2012), quienes conocen del asunto cuando en el municipio no hay Juez de Familia o Promiscuo de Familia. Según el Consejo Superior de la Judicatura (2019), de acuerdo a la Información disponible en su página web, entre Juzgados de Familia y Promiscuos de Familia, hay 337 Despachos (cuantificación despachos Judiciales), y si en Colombia se tienen más de 1.000 municipios, eso quiere decir, que en la mayoría de los casos quienes terminan conociendo del proceso son los jueces civiles y promiscuos municipales.

En segundo lugar, el legislador en la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, si incluyó el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero lo hizo dentro de una disposición general (art.390), lo quiere decir, que para su trámite, una vez son remitidas las diligencias por parte del Defensor o Comisario de Familia, debe sujetarse a lo dispuesto en los artículos 391 y 392, es decir, a las reglas del proceso verbal sumario. Lo que obliga al juez en virtud de la naturaleza de las normas procesales (art.13.L.1564.2012), a adelantar cada una de sus etapas, lo que implica adelantar nuevamente el proceso, pero ahora en sede judicial.

En tercer lugar, el artículo 138 de la Ley 1098 de 2006, obliga al juez a realizar la verificación de garantía de derechos una vez asume el conocimiento del asunto. Pero para dicha verificación

tal y como lo establece el artículo 52 de la misma ley, modificado por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018, se requiere de un equipo técnico interdisciplinario, equipo con el que no cuenta, por lo que se ve obligado a comisionar para realizar las valoraciones, lo que implica que se prolongue la duración del proceso y por consiguiente que se pueda presentar nuevamente una pérdida de competencia al no resolverse el asunto dentro de los dos meses que le dio el legislador (art.100.L1098.2006.mod.art.4.L.1878.2006).

Y en cuarto lugar, lo oportuno de la decisión que resuelve la situación jurídica del niño, niña o adolescente, de la que también se habla en la sentencia arriba citada, tampoco se da, ya que el hecho de que el juez deba realizar nuevamente la verificación de garantía de derechos y adelantar nuevamente todo el proceso, pero ahora bajo las reglas del proceso verbal sumario, torna su remisión ineficaz, ya que en lugar de realmente proferirse una decisión de manera rápida, la remisión lo que hace es prolongar aún más los términos y por consiguiente la imposición de una medida de restablecimiento de derechos, haciéndose más gravosa en consecuencia la situación de quienes se encuentran esperando la decisión.

Así las cosas, puede concluirse que la ineficacia se da en virtud del vacío existente en la norma especial (L.1098.2006), ya que si el legislador en esa oportunidad hubiera fijado las pautas y el trámite de las diligencias por parte juez, siendo fiel al objeto del Código de la Infancia y la Adolescencia consagrado en su artículo 2, realmente la remisión al funcionario judicial cumpliría con la justificación de obtener una decisión oportuna, especializada y calificada.

4.4. Propuesta como solución jurídica

El proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, entendido como el trámite a través del cual se logra la restauración de la dignidad e integridad y capacidad para el ejercicio de los derechos (art.50.L.1098.2006). Así como goza de especial

relevancia y desarrollo como proceso administrativo, la misma importancia debería dársele dentro del trámite judicial. Importancia derivada no solo de la naturaleza del asunto, sino en atención a la calidad de los sujetos que se encuentran a la espera de la decisión. Razón por la cual el legislador debería establecer un trámite especial, que garantice la imposición de una medida efectiva de restablecimiento de derechos y no por el trámite del proceso verbal sumario, sino a través de un proceso que permita asumir el conocimiento del trámite administrativo y continuarlo en la etapa en la que se encuentre. Y en el que además, la autoridad judicial competente sea exclusivamente el Juez de Familia, de tal forma que se garantice la especialidad en la materia y se facilite además el acceso al equipo técnico interdisciplinario.

Conclusiones

1. El debido proceso no es solo un derecho fundamental que deba ser amparado por cada una de las autoridades administrativas y judiciales, sino que además se constituye como pilar del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y adolescentes, a través del cumplimiento de las garantías y términos procesales.
2. El restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, se surte a través de un trámite administrativo, del cual conocen autoridades administrativas como el Comisario o Defensor de familia, por lo que el conocimiento del proceso por parte de un juez, es algo excepcional.
3. El artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, además de consagrar las etapas del trámite administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, consagra la obligación de la autoridad judicial de asumir el conocimiento del proceso, cuando la autoridad administrativa no resuelve la situación del niño, la niña o el adolescente dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos.
4. El legislador colombiano en la ley 1098 de 2006, si bien fijó las reglas del trámite administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, omitió fijar en esa norma especial el trámite a seguir por parte del juez ante la pérdida de competencia de la autoridad administrativa por el vencimiento del término para fallar. Pese a que según lo dispuesto en el artículo 2 de la citada ley, esa codificación tiene por objeto “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”.

5. Al no existir trámite especial para el proceso judicial de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, el juez conforme a lo dispuesto en el artículo 390 del Código General del Proceso, debe impartirle a la actuación el trámite del proceso verbal sumario. Lo que obliga al funcionario judicial a adelantar nuevamente cada una de las etapas del proceso con el fin de resolver la situación jurídica del niño, las niñas o el adolescente.
6. Si bien los artículos 391 y 392 del Código General del Proceso consagran cada una de las etapas del proceso verbal sumario, cuando el funcionario judicial asume el conocimiento del proceso, previo a resolver sobre la admisión de la actuación, debe cumplir con la verificación de garantía de derechos según lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley 1098 de 2006, ya que ésta se constituye en el mapa de ruta, al permitir establecer la situación actual del niño, niña o adolescente y la identificación del derecho o derechos a restablecer.
7. El juez para cumplir con la exigencia del artículo 138 de la Ley 1098 de 2006, requiere de un equipo técnico interdisciplinario, equipo con el que no cuenta, razón por la que se ve en la obligación de comisionar para su práctica, situación que dilata el inicio del proceso y por consiguiente la adopción de las medidas de restablecimiento de derechos.
8. El término de dos meses que consagró el legislador en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, en atención al cumplimiento de los términos y garantías procesales del proceso verbal sumario, así como la práctica de la verificación de garantía de derechos, resulta ser insuficiente para que el juez pueda resolver la situación jurídica del niño, la niña o el adolescente.

9. Al resultar insuficiente el término que le concede el legislador al juez para tramitar el proceso de restablecimiento de derechos, expone al funcionario judicial a una pérdida de competencia, lo que además de acarrear posibles sanciones disciplinarias, dilata aún más la imposición de las medidas efectivas de restablecimiento de derechos.
10. El proceso verbal sumario es ineficaz para el trámite del proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en primer lugar porque el término de dos meses que concedió el legislador resulta ser insuficiente y en segundo lugar, porque la remisión del proceso administrativo, obliga a que deba tramitarse de nuevo el proceso pero ahora en sede judicial, desde la verificación de garantía de derechos en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 138 de la ley 1098 de 2006. Lo que hace más gravosa la situación del niño, la niña o el adolescente, que lleva más de seis meses esperando que su situación sea resuelta.

Referencias

1. Legales

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política del 4 de julio de 1991.

Congreso de la República de Colombia (1991). Ley 12 de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.

Congreso de la República de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564 de 2012 por la cual se expide el Código General del Proceso.

Congreso de la República de Colombia (2016). Ley 1804 de 2016, por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia (2018). Ley 1878 de 2018, por medio de la cual se modifican algunos artículos de la ley 1098 de 2018.

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa (2015). Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015. “Por medio del cual se crean con carácter permanente, trasladadas y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional”.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). Resolución 1526 de 2016, por medio de la cual se aprueba el “Lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el

restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”.

2. Jurisprudenciales

Corte Constitucional (2003). Sentencia C 156 de 2003. Expediente D-4198. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2003). Sentencia C 449 de 2003. Expediente D-4336. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2003). Sentencia C 873 de 2003. Expediente D-4504. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2008). Sentencia C 740 de 2008. Expediente D-7152. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria.

Corte Constitucional (2011). Sentencia T 502 de 2011. Expediente T-2.622.716. Magistrado Ponente Dr. José Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (2014). Sentencia T 044 de 2014. Expediente T-4.051.870. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C 341 de 2014. Expediente D.9945. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional (2015). Sentencia C 727 de 2015. Expediente D-10806. Magistrada Ponente Dra. Myriam Ávila Roldan.

Corte Constitucional (2015). Sentencia T 730 de 2015. Expediente T-5.061.859 Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-050 de 2016. Expediente T-5.145.787. Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T 506 de 2016. Expediente T-5.546.506. Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2017). Sentencia C 113 de 2017. Expediente D-11576. Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T 579 de 2017. Expedientes T-6.074.003 y T-6.182.278 Magistrada Ponente Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T719 de 2017. Expediente T-6.283.079. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T 731 de 2017. Expediente T-6.327.022. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional (2018) Sentencia T 262 de 2018. Expediente T-6.450.687. Magistrado Dr. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional (2018) Sentencia T 384 de 2018. Expediente T-6-517.757. Magistrada Ponente Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T 399 de 2018. Expediente T-6.769.013. Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sala de Casación Penal. Expediente SP 9792-2015. Magistrado Ponente Dra. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia (2017). Sala de Casación Penal. Expediente STP 5833 del 2017. Magistrado Ponente Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández.

3. Doctrinales

Parra, J. (2017). *Derecho de Familia, 2 Edición*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis 2017.

Quiroz, A (2014). *Nuevo Modelo de Gestión de los Jueces y Juezas en el Sistema de Oralidad en el Área de Familia en Colombia*. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Tejeiro, O. (2014). *Procesos Declarativos en el Código General del Proceso*. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R. Rodríguez A. (2006). *Interpretación Judicial*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Younes, D. (2001). *Derecho Constitucional Colombiano. 4 Edición*. Bogotá, Colombia. Editorial Legis S.A.

4. Electrónicos

Consejo Superior de la Judicatura (2019). *Cuantificación de despachos judiciales*.
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/25313615/Resumen+juzgados+jurisdicci%C3%B3n+ordinaria+por+distrito.pdf/40e867ca-933a-4ceb-a8c2-4ee20ce8ba0a>

Figueroa, R. (2008). *Concepto de Derecho a la Vida*. Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1: 261-300 Talca. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100010>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2012). *Concepto 088 de 2012*.
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000088_2012.htm

Instituto Colombiano de Bienestar familiar (2014). *Concepto 105 de 2014*.
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000105_2014.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2015). *Concepto 46 de 2015*.
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000046_2015.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2015). Concepto 132 de 2015.

https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000132_2015.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). Concepto 74 de 2016.

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000074_2016.htm

Mieles, M. D. & Acosta, A. (2012). Calidad de vida y derechos de la infancia: un desafío presente. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 10 (1), pp. 205-217.

<http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v10n1/v10n1a13.pdf>

Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72. <http://www.4-72.com.co/sites/default/files/ImagenLinkAdjunto/Matriz-de-acuerdo-al-municipio.pdf>. Enlace consultado el nueve de octubre de 2019. A las 3.15 de la tarde.

Ross, Alf (publicación original 1961) 2008. El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, número 12, 2008, ISSN 1667-4154, Pags. 199-220.

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-concepto-de-la-validez-y-el-conflicto-entre-el-positivismo-juridico-y-el-derecho-natural.pdf

Unicef. (Sin fecha). Aprende de los niños y adolescentes, conoce sus derechos.

https://unicef.org.co/libro/Libro_Derechos_Unicef.pdf (Página consultada el 17 de julio de 2019)

Zambrano, Luis. (2016). Derecho a la integridad personal de las víctimas dentro del proceso penal Colombiano. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15745/LuisEduarZambranoS%C3%A1nchez2016.pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Bibliografía

1. Legal

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política del 4 de julio de 1991.

Congreso de la República de Colombia (1991). Ley 12 de 1991 por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.

Congreso de la República de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564 de 2012 por la cual se expide el Código General del Proceso.

Congreso de la República de Colombia (2016). Ley 1804 de 2016, por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia (2018). Ley 1878 de 2018, por medio de la cual se modifican algunos artículos de la ley 1098 de 2018.

Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa (2015). Acuerdo PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015. “Por medio del cual se crean con carácter permanente, trasladadas y transforman unos despachos judiciales y cargos en todo el territorio nacional”.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). Resolución 1526 de 2016, por medio de la cual se aprueba el “Lineamiento técnico administrativo de ruta de actuaciones para el

restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”.

2. Jurisprudenciales

Corte Constitucional (2003). Sentencia C 156 de 2003. Expediente D-4198. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2003). Sentencia C 449 de 2003. Expediente D-4336. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2003). Sentencia C 873 de 2003. Expediente D-4504. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2008). Sentencia C 740 de 2008. Expediente D-7152. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Renteria.

Corte Constitucional (2011). Sentencia T 502 de 2011. Expediente T-2.622.716. Magistrado Ponente Dr. José Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (2014). Sentencia T 044 de 2014. Expediente T-4.051.870. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C 341 de 2014. Expediente D.9945. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional (2015). Sentencia C 727 de 2015. Expediente D-10806. Magistrada Ponente Dra. Myriam Ávila Roldan.

Corte Constitucional (2015). Sentencia T 730 de 2015. Expediente T-5.061.859 Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-050 de 2016. Expediente T-5.145.787. Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T 506 de 2016. Expediente T-5.546.506. Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2017). Sentencia C 113 de 2017. Expediente D-11576. Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T 579 de 2017. Expedientes T-6.074.003 y T-6.182.278 Magistrada Ponente Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T719 de 2017. Expediente T-6.283.079. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T 731 de 2017. Expediente T-6.327.022. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional (2018) Sentencia T 262 de 2018. Expediente T-6.450.687. Magistrado Dr. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional (2018) Sentencia T 384 de 2018. Expediente T-6-517.757. Magistrada Ponente Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T 399 de 2018. Expediente T-6.769.013. Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia (2015). Sala de Casación Penal. Expediente SP 9792-2015. Magistrado Ponente Dra. Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia (2017). Sala de Casación Penal. Expediente STP 5833 del 2017. Magistrado Ponente Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández.

3. Doctrinal

Azula, J (2016). Manual de Derecho Procesal. Sexta edición. Bogotá. Colombia. Editorial Temis S.A.

Domínguez, L. (2015). Restablecimiento de Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes. Medellín. Colombia. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

López, D. (2012). Nuevas tendencias en la dirección del proceso. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Parra, J. (2017). Derecho de Familia, 2 Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis 2017.

Quiroz, A (2014). Nuevo Modelo de Gestión de los Jueces y Juezas en el Sistema de Oralidad en el Área de Familia en Colombia. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Ramírez, V.E. Aranceta, M y Montoya, F (2015). Contradicciones en el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en Colombia. Facultad de Derecho, Universidad de Medellín. (Colombia)

Sanabria, T. (2007). Procesos en el Derecho de Familia. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Tejeiro, O. (2012). Juez director del proceso civil. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Tejeiro, O. (2014). Procesos Declarativos en el Código General del Proceso. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Uprimny, R. Rodríguez A. (2006). Interpretación Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Younes, D. (2001). Derecho Constitucional Colombiano. 4 Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Legis S.A.

4. Electrónica

Consejo Superior de la Judicatura (2019). Cuantificación de despachos judiciales.

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/25313615/Resumen+juzgados+jurisdicci%C3%B3n+ordinaria+por+distrito.pdf/40e867ca-933a-4ceb-a8c2-4ee20ce8ba0a>

Figuerola, R. (2008). Concepto de Derecho a la Vida. Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1: 261-300 Talca. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100010>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2012). Concepto 088 de 2012. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000088_2012.htm

Instituto Colombiano de Bienestar familiar (2014). Concepto 105 de 2014. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000105_2014.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2015). Concepto 46 de 2015. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000046_2015.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2015). Concepto 132 de 2015. https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000132_2015.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016). Concepto 74 de 2016. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000074_2016.htm

Mieles, M. D. & Acosta, A. (2012). Calidad de vida y derechos de la infancia: un desafío presente. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 10 (1), pp. 205-217. <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v10n1/v10n1a13.pdf>

Ross, Alf (publicación original 1961) 2008. El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 6, número 12, 2008, ISSN 1667-4154, Pags. 199-220. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-concepto-de-la-validez-y-el-conflicto-entre-el-positivismo-juridico-y-el-derecho-natural.pdf

Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72. <http://www.4-72.com.co/sites/default/files/ImagenLinkAdjunto/Matriz-de-acuerdo-al-municipio.pdf>. Enlace consultado el nueve de octubre de 2019. A las 3.15 de la tarde.

Unicef. (Sin fecha). Aprende de los niños y adolescentes, conoce sus derechos. https://unicef.org.co/libro/Libro_Derechos_Unicef.pdf (Página consultada el 17 de julio de 2019)

Vásquez, V. y Estrada, L. (2016). Los hogares sustitutos como medida de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. (Colombia) Revista de Derecho Público, (37).Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.37.2016.03>)

Zambrano, Luis. (2016). Derecho a la integridad personal de las víctimas dentro del proceso penal Colombiano. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15745/LuisEduarZambranoS%C3%A1nchez2016.pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y>