**PROYECTO DE LEY No \_\_\_\_\_ DE 2017**

**“POR MEDIO DEL CUAL SE LE OTORGA DOBLE INSTANCIA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, EN UN TERMINO PARA RESOLVER LA APELACIÓN MÁXIMO DE DOS MESES”**

**OBJETO**

Con el fin de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al goce efectivo de una protección especial e integral, es necesario extender las garantías del debido proceso al ámbito administrativo durante el proceso de restablecimiento de derechos, es necesario garantizar la doble instancia, toda vez que, en palabras de la Corte Constitucional, *constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública.*

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La necesidad de proporcionar al niño/a una protección especial ha sido materia de estudio y preocupación a nivel internacional, reflejado en diferentes instrumentos, por ejemplo: Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[[1]](#footnote-1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[[2]](#footnote-2), Convención sobre los Derechos del Niño y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño/a.

En concordancia con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, en 1991 la Constitución Política incluyó el criterio y los principios de protección integral de la niñez en dos focos a saber: la garantía de los derechos de los Niños y la protección en condiciones especialmente difíciles. Sumado a lo anterior, la Constitución estableció la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, en la obligación de asistir y proteger a los niños y las niñas para asegurar su desarrollo armónico e integral en el ejercicio pleno de sus derechos.

El interés superior y prevalente del niño ha tenido un desarrollo al interior de nuestra Constitución, en instrumentos internacionales, en leyes y en la puesta en marcha de las políticas públicas por la relevancia y especial protección que merecen nuestros niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA.

Nuestra Constitución Política en su artículo 44 reza: (…) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La Ley 1098 de 2006[[3]](#footnote-3) en su artículo 8 hace mención al interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, entendido como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. La Convención internacional sobre los derechos del niño, establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración primordial, toda vez que se deberá atender el interés superior del niño. Incluso leyes como la Ley 100 de 1993[[4]](#footnote-4) y la Ley 294 de 1996[[5]](#footnote-5), reafirman el mandato constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños, sobre los de los demás, tal como se muestra a continuación:

**Prevalencia de los derechos de los NNA**

**Constitución Política de 1991**

**Artículo 44.** (…) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

**Constitución Política de 1991**

**Artículo 45.** El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. (…)

**Declaración de los Derechos del Niño.**

**Principio 2.** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. *(Subrayado fuera de texto)*

**Convención internacional sobre los derechos del niño**

**Articulo 3**

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

**Ley 1098 de 2006, Código de la infancia y adolescencia**

**Artículo 8.** Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. *(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 6.** Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas. *(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 7.** Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos. *(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 9.** Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. *(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 17.** Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano.

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano. *(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 203. Principios rectores de las políticas públicas**. Las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia como políticas de Estado se regirán como mínimo por los siguientes principios:

1. El interés superior del niño, niña o adolescente.

2. La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

3. La protección integral.

4. La equidad.

5. La integralidad y articulación de las políticas.

6. La solidaridad.

7. La participación social.

8. La prioridad de las políticas públicas sobre niñez y adolescencia.

9. La complementariedad.

10. La prioridad en la inversión social dirigida a la niñez y la adolescencia.

11. La financiación, gestión y eficiencia del gasto y la inversión pública.

12. La perspectiva de género.

**Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral**

**Artículo 153.** Principios del sistema general de seguridad social en salud.

Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...)

3.5 Prevalencia de derechos. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios. *(Subrayado fuera de texto)*

**Ley 294 de 1996, se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar**

**Artículo 3**. Para la interpretación y la aplicación de la presente Ley se tendrán en cuenta los siguientes principios: (...)

f) Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás; (…)

*(Subrayado fuera de texto)*

La Constitución Política de Colombia consagra un conjunto de derechos fundamentales en relación con los NNA. En estos preceptos se enfatiza que a ellos y a ellas se les deben garantizar todos los derechos universales y generales consagrados en la Carta Magna, en las diferentes leyes y en los tratados internacionales ratificados por el país. Igualmente, señala un referente que además de jurídico es un deber ser esencial del Estado y del conjunto de la sociedad: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Teniendo en cuenta el espíritu de la Carta Política todos los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados por igual. Tienen el mismo derecho a recibir educación, salud, asistencia médica, cuidados familiares, sin distinción de ninguna naturaleza, es decir, sin discriminación basada en su condición social, raza, sexo, origen nacional o étnico, posición económica, impedimentos físicos, o cualquier otra condición del propio niño, de sus padres o representantes legales.

Todas las instituciones (públicas o privadas, judiciales, administrativas o legislativas y las que prestan servicios) deben tener presentes los derechos de los niños y niñas, de tal manera que toda decisión o medida debe estar dirigida a equilibrar y buscar el mejor bienestar y protección integral de los niños. Se trata de un principio específico para todos los actos de las instituciones. Cuando se formulan programas y proyectos, en áreas como las de educación y salud, se tiene que garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños en forma integral.

Para hacer efectivos los derechos de los NNA, los estados deben adoptar las medidas que sean necesarias primeramente, hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando no los tengan, deben recurrir también con prioridad a la cooperación internacional. Estas medidas suponen para ellos, lo siguiente:

 • Preferencia en la formulación de las políticas públicas,

 • Preeminencia en la formulación y asignación presupuestaria,

 • Preferencia en la atención en situaciones de emergencia, y en el acceso a los servicios públicos,

 • Preferencia en la restitución de sus derechos que hayan sido violados y en el castigo para los culpables

Al existir una prevalencia en los derechos de los NNA, cabe preguntarse en cabeza de quien se encuentra la responsabilidad de garantizar su protección y goce de todos sus derechos en forma prevalente. Frente a este particular, nuestra Constitución Política otorga una responsabilidad compartida en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado. El concepto de “corresponsabilidad” se encuentra definido en la Ley 1098 de 2006, entendido como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

**Corresponsabilidad**

**Constitución Política de 1991**

**Artículo 44.** (…) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. *(Subrayado fuera de texto)*

**Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia**

**Artículo 2°.** Objeto. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos

Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado. *(Subrayado fuera de texto)*

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

**1.1 Principios generales de interpretación**

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. *(Subrayado fuera de texto)*

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

**Artículo 23.** Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

**Artículo 38.** De las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado. Además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en sus niveles nacional, departamental, distrital y municipal el conjunto de disposiciones que contempla el presente código. *(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 40.** Obligaciones de la sociedad. En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido, deberán:

1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente. (…)*(Subrayado fuera de texto)*

**Artículo 41.** Obligaciones del Estado. El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

(…)

El Estado, la sociedad en general, y la familia en particular conforman una trilogía responsable de hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La obligación del estado está básicamente en crear condiciones a las familias en lo social, cultural y económico, entre otras, para que éstas puedan satisfacer las necesidades y derechos de sus hijos.

Esta obligación del Estado debe ser correspondida con la solidaridad familiar y social. Sobre la participación de cada uno de nosotros descansa el goce efectivo de los derechos humanos de la infancia. Todos debemos colaborar en situaciones de emergencia, esto forma parte de la esencia del principio de corresponsabilidad. Los estados deben adoptar cuantas medidas sean necesarias, adecuadas y efectivas para que los derechos de los niños y niñas sean cumplidos y respetados. Es decir, para que las medidas sean efectivas no pueden ser entendidas como temporales u ocasionales, por el contrario, deben ser parte de una política sostenida y continuada que garantice la perdurabilidad del ejercicio de los derechos a los NNA, generación tras generación. La superación efectiva del momento de crisis refiere a la implementación de medidas que conlleven a la reconstrucción a plenitud de todos los derechos de la infancia.

Como parte integral de los derechos humanos, los de los niños y niñas en particular, tienen las mismas características: Nadie, ni siquiera los mismos niños pueden renunciar a sus derechos. Los derechos no son de una sola persona en mayor o menor medida, corresponden a todos los niños por igual.

Con base en lo anterior, se puede evidenciar que la garantía y protección de los derechos y el interés superior de los NNA, se encuentran en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado y por esta razón debemos involucrarnos en el planteamiento de condiciones que favorezcan al debido proceso en términos de otorgarle la doble instancia al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos y poniendo términos prudenciales que permitan darle un tiempo límite para definir la situación de los NNA que se encuentran con declaratoria de vulnerabilidad.

**Reconocimiento internacional**

En las últimas décadas la protección que desde los derechos humanos se ha dado a los NNA es bastante amplia. El instrumento internacional que por excelencia protege sus derechos es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). No obstante, existe un gran número de instrumentos convencionales y no convencionales que complementan esta protección como el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), entre otros.

En el ámbito interamericano, si bien no existe un tratado específico sobre los derechos de los niños y niñas, esta protección se deriva del artículo VII de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Declaración Americana) y del artículo 19 de la Convención americana sobre los derechos humanos (Convención Americana o CADH). Dichas garantías, a su vez, han motivado la producción de una gran cantidad de informes por parte de la Comisión Americana de Derechos Humanos (CIDH o comisión Interamericana), así como una amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana) e incluso la emisión de una Opinión Consultiva específica sobre el tema.

La amplia gama de tratados y otros instrumentos internacionales sobre los derechos de los niños, se justifica en la gran cantidad de temas que comprenden sus derechos. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNA, se puede configurar en diversos ambientes como sucede con los niños y niñas en el caso de conflictos armados, violencia familiar, situaciones de desprotección, como en el caso de los niños y niñas de la calle, niños y niñas privados de libertad, niños indígenas, discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de NNA o la falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad como alimentación, salud, educación, entre otras muchas situaciones.

2.1. Cronología histórica del reconocimiento de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el escenario internacional, en 1924, con el impulso de Save the Children, se logra la Declaración de Ginebra, constituyéndose en pionera respecto a los derechos de la población infantil, deberes de los Estados y responsabilidades de los adultos.

Es en 1946 cuando en el interior de la ONU se crea el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que inicialmente apoya a la niñez del continente europeo, víctima de la guerra, y luego, en 1956, se le da el estatus de institución permanente de dedicación especial para proteger los derechos de la infancia del mundo.

Dos años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su texto prescribe mandatos éticos, de justicia, derechos e inclusión para el conjunto de los seres humanos, entre los que se encuentra la población infantil, haciendo explícito que la infancia tiene derecho a cuidados especiales.

Por otra parte, en el ámbito específico de la expedición de lineamientos normativos para los niños y niñas, la Organización de las Naciones Unidas aprueba y proclama, a través de la Resolución 1386 del año 1959, la Declaración de los Derechos del Niño, la cual a lo largo de sus diez artículos, entre otros asuntos, prescribe derechos relacionados con la no discriminación, la protección especial y la prioridad en toda circunstancia, tener un nombre y una nacionalidad, acceso a la seguridad social, pleno desarrollo de la personalidad, educación, protección contra el abandono, la crueldad, la explotación y en general contra todo tipo de abuso.

En 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta, a través de su Resolución 44/25, la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya entrada en vigor se dio a partir del 2 de septiembre de 1990. En esta disposición, que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, a través de sus más de cincuenta artículos profundiza en los derechos de los menores de dieciocho años tanto en su universalidad como en lo referente a las especificidades que se deben tener en cuenta cuando se trata de personas o grupos diversos en razón a condiciones como el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen nacional, étnico o social, la posición económica u otras condiciones.

**Derechos de los niños**

A partir de la promulgación de la Convención de 1989 se ha ido adecuando la legislación interna de los estados a los principios contemplados en la Declaración. Aunque la legislación y el sistema jurídico de cada país suele ser diferente, 193 países han ido consagrando medidas especiales para su protección, a nivel legislativo e incluso derechos constitucionales. Entre los Derechos del niño destacan los cuatro principios fundamentales:

 ▪ La no discriminación: todos los niños tienen los mismos derechos.

 ▪ El interés superior del niño: cualquier decisión, ley, o política que pueda afectar a la infancia tiene que tener en cuenta qué es lo mejor para el niño.

 ▪ El derecho a la vida, a jugar, la supervivencia y el desarrollo: todos los niños y niñas tienen derecho a vivir y a tener un desarrollo adecuado.

 ▪ La participación: los menores de edad tienen derecho a ser consultados sobre las situaciones que les afecten y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

**Convención sobre los Derechos del Niño y protocolos facultativos**

Las Naciones Unidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha indicado los estándares precedentes a los derechos del niño y estos han sido ratificados por todos los países menos los Estados Unidos, Somalia y Sudán del Sur. La inestabilidad de Somalía a firmar la Convención es un atributo de su falta de estructura gubernamental. La administración de los Estados Unidos bajo el gobierno de George W. Bush se opuso a ratificar la Convención y las condiciones legales porque «crean conflicto con las políticas de Estados Unidos en el rol de los padres, soberanía, estado y leyes locales». Y si bien en 2008 el nuevo presidente Barack Obama dijo que su gobierno revisaría la posición, el tema no ha cambiado.

Por otra parte, en mayo del 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos Protocolos facultativos de la CDN:

 ▪ El Protocolo facultativo a la Convención concerniente a la implicación de los niños en los conflictos armados, que entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Hasta el 30 de junio de 2006, ha sido ratificado por 107 Estados y firmado por 122.

 ▪ El Protocolo facultativo a la Convención concerniente a la venta de niños, la prostitución y a la pornografía poniendo en escena a niños, entró en vigor el 18 de enero de 2002. Hasta el 30 de junio de 2006, fue ratificado por 107 Estados y firmado por 115.

**Normatividad en Colombia sobre los Derechos del Niño y Adolescentes**

En el ámbito nacional, si bien existe una historia de normas que señalan desde diferentes perspectivas asuntos relacionados con la población infantil y joven, se considera un hito en la historia de la acción estatal con respecto a la protección de la niñez la Ley 75 que se expide en 1968, a través de la cual se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entre cuyas funciones se encuentran las relativas a la protección del menor.

En 1989 es promulgado el Decreto 2737, “por el cual se expide el Código del Menor”, una serie de disposiciones relacionadas con los derechos del menor y los deberes que se derivan de estos.

El año 1991 se convierte en otro año de trascendencia para los desarrollos normativos y para el reconocimiento de derechos de los niños en el país. Se expide la Ley 12 de 1991, que ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, y se proclama la nueva Constitución Política, que incluye dentro de los derechos relacionados con la niñez y los jóvenes los siguientes:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Cabe señalar que la Carta Magna incluye en su conjunto preceptos de carácter universal que, por supuesto, son extensivos a la niñez y que al aplicarse deben tener como referente la prioridad de los derechos de los menores.

En desarrollo de las anteriores disposiciones, se han expedido diversas normas que contienen preceptos específicos en relación con los derechos de los niños, entre las cuales se encuentran:

 • La Ley 294 de 1996, “por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.

 • La Ley 742 de 2002, “por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ...” y muchas otras de carácter sectorial, entre las cuales están la Ley 100 de 1993, sobre la seguridad social en Colombia; la Ley 115 de 1994, de educación; la Ley 181 de 1995, sobre fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte, que al determinar las poblaciones beneficiarias de los ámbitos de política pública que en cada caso se abordan, hacen referencia al derecho que tienen los NNA.

De manera especial, por su abordaje integral respecto de la población que nos ocupa aquí y por su actualidad, destacamos la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.  Si bien todos estos desarrollos normativos tienen un amplio contenido de carácter universal, también se encuentran en ellos disposiciones dirigidas a sectores particulares de la población entre los cuales se encuentra la población infantil de las comunidades indígenas, que, para el caso colombiano, generan la obligación de su aplicabilidad y el reto de su interpretación, adecuación y materialización con un enfoque intercultural y diferencial, dado que, como lo estableció nuestra Constitución, “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (art. 7o), y que “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad de todas las que conviven en el país” (art.70).

**Contexto del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en Colombia**

Teniendo en cuenta la Sentencia T 557/11 de la Corte Constitucional de Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia regula expresamente los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños, radicándolos en cabeza de los defensores de familia y comisarios de familia (art. 96) del lugar donde se encuentre el menor (art. 97).

En relación con la adopción de medidas de protección y restablecimiento de derechos de los menores (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), esta Corporación señaló, en sentencia T-572 de 2009, que ésta debe estar siempre precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. Precisó, al respecto, lo siguiente:

“[…] el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

En pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos”. *(Subrayado fuera de texto)*

Ahora, la actuación administrativa de restablecimiento de derechos puede iniciarse por el representante legal del niño, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia. También podrá iniciarla directamente el propio menor. La disposición faculta, asimismo, a los defensores o comisarios de familia para abrir la investigación, siempre que sea de su competencia, o a informar a la autoridad competente, cuando tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de los derechos que el ordenamiento reconoce a favor de los niños. Con la providencia de apertura de la investigación se deberá ordenar la identificación y citación de los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de los derechos. De igual manera, podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (art. 99).

Según el artículo 100, par. 2°, del Código citado, en el trámite (i) deberá surtirse una audiencia de conciliación, siempre que el asunto sea conciliable; (ii) si no se logra la conciliación o ésta no tenía que llevarse a cabo, el funcionario deberá establecer, mediante resolución motivada, las obligaciones de protección al menor, incluyendo la provisional de alimentos, visitas y custodia; (iii) una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo; (iv) el funcionario podrá ordenar que el equipo técnico interdisciplinario, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial; (v) la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo).

A su vez, el artículo 119 del Código atribuye al juez de familia, en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, así como resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el comisario de familia hayan perdido competencia.

De conformidad con el recuento realizado, las reglas procedimentales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a.     Los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores (Decreto 2272 de 1989, art. 5° - d) y estos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario (C.P.C., art. 435, num. 5°).

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

c.     Con la providencia de apertura de la investigación, iniciada de oficio o a petición de un interesado se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99).

d.     La autoridad administrativa podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99).

e.  La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo). (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100, par. 2°).

f.  Una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100).

g.  El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor. (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 119).

La normatividad legal vigente refleja, prima facie, una adecuada ponderación entre los derechos constitucionales en juego. Por una parte, la protección de las decisiones judiciales, como fuente de resolución y definición de los derechos de toda persona menor, pero a la vez, la protección de las decisiones excepcionales y urgentes que deba tomar la administración para proteger el interés superior del menor, cuando cumplir la decisión judicial previa, por cambios en las circunstancias a considerar desde el momento de la decisión judicial hasta el momento actual, implicaría comprometer el propio interés superior de los NNA.

Con base en el orden constitucional y legal vigente, especialmente, en los criterios de razonabilidad y ponderación y con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, la Sala de Revisión considera que toda decisión de una autoridad competente para protegerla, debe ser excepcional y responder, así como cumplir, por lo menos, los siguientes ocho criterios.

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

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

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

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

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

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

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

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

**Garantía y restablecimiento de derechos de los NNA**

El Código de Infancia y Adolescencia tiene como objetivo establecer las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los NNA, 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. De dicho objetivo se desprenden dos obligaciones esenciales a tener en cuenta:

1. Garantía de derechos
2. Restablecimiento de derechos

**Garantía de derechos:**

**¿Qué es?** Conforme al artículo 205 de la Ley 1098 de 2006 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el órgano rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, que tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas.

**Fines del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.** De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 7 de 1979, los fines del sistema son: Promover la integración y realización armónica de la familia; Proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez Vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad.

**Restablecimiento de derechos:**

**¿Qué es?** Conforme al artículo 50 de la Ley 1098 de 2006, se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, 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.

En concordancia con lo anterior y en atención a la sentencia T-075 de 2012, “El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, implica la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos y de la capacidad para realizar un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados (…) las autoridades deberán surtir procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y aplicarán oportunamente las medidas conducentes a ello[[6]](#footnote-6)”

**RUTA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS**



“Al iniciar el procedimiento durante la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, el defensor de familia antes de tomar alguna decisión, debe verificar la garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con el objeto de establecer fehacientemente la existencia de alguna vulneración para así no incurrir en una equivocación[[7]](#footnote-7)”.

El Proceso administrativo se inicia por inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que la Ley 1098 de 2006 reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes.

Este proceso tiene un término perentorio de 4 meses prorrogables por 2 meses más, se caracteriza por ser oral y concentrado, por lo tanto, tiene un procedimiento específico y deben brindarse todas las garantías correspondientes al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho fundamental, que en palabras de la Corte Constitucional “tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las actuaciones administrativas”.

El contenido de la resolución que remedia la situación jurídica del NNA puede ser:

a) Declaratoria de adoptabilidad

b) Declaratoria de vulneración de derechos

El defensor de familia también podrá tomar medidas que no necesariamente resuelvan la situación jurídica del NNA y podrá resolver el reintegro a su núcleo familiar.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuenta con un programa de atención especializada, que a su vez tiene modalidades que atienden a los NNA de acuerdo a la situación de vulnerabilidad y caso específico del menor que ingrese bajo la protección del ICBF, brindándole una atención integral psicosocial y satisfaciendo sus necesidades básicas. A partir del momento en que inicia el procedimiento administrativo, el NNA ingresa bajo la custodia del ICBF.

El defensor y el comisario de familia, como ejecutores del trámite de restablecimiento de los derechos, deben ir más allá del simple cumplimiento de los requisitos y las exigencias del trámite administrativo, para realizar una revisión de los requisitos sustanciales del asunto y establecer si la decisión viola derechos fundamentales de los niños involucrados, determinando si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente, según las circunstancias que rodean al niño, niña o adolescente[[8]](#footnote-8).”

**Reglas procedimentales respecto a la competencia de jueces y autoridades administrativas en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes:**

•“a. Los jueces de familia tienen la competencia para conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y protección de los menores (Decreto 2272 de 1989, art. 5° - d) y estos deberán tramitarse mediante el proceso verbal sumario (C.P.C., art. 435, num. 5°).

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

c. Con la providencia de apertura de la investigación, iniciada de oficio o a petición de un interesado se deberá ordenar identificar y citar a los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a su cargo, así como de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99).

d. La autoridad administrativa podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del menor, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99).

e. La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación, de suerte que el funcionario administrativo pierde competencia después de vencido dicho término o aquel estipulado para resolver el recurso de reposición (10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo). (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100, par. 2°).

f. Una vez resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100).

g. El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor”[[9]](#footnote-9).

**Debido proceso y necesidad de doble instancia en el procedimiento de restablecimiento de derechos**

Dentro de los obstáculos identificados durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, encontramos que éste no cuenta con doble instancia y el único recurso que procede es el de reposición, el cual es ante el mismo funcionario y en pocas ocasiones, este revoca la decisión proferida por él. También procede la homologación ante un juez de familia, pero éste no es un recurso, ni una instancia, debido a que solo se realiza un ejercicio de revisión de las garantías procesales surtidas dentro del proceso administrativo.

Con el fin de garantizar la doble instancia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, es necesario crear una célula administrativa interdisciplinaria y centralizada, que asuma competencia de todos los casos que ameriten ser revisados en segunda instancia.

Por tal razón, es necesario dotar de garantías procesales de doble instancia a este proceso por medio de la modificación del artículo 101 de la ley 1098 de 2006, por el cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia.

El derecho al debido proceso está consagrado en la Constitución Política dentro de los derechos fundamentales, como una garantía para que se lleve a cabo el procedimiento judicial y administrativo cumpliendo de manera inequívoca el procedimiento que se requiera llevar a cabo y se evite la arbitrariedad del Estado al ejercer sus potestades. La Corte Constitucional ha sido enfática en la extensión de las garantías al debido proceso en el ámbito administrativo y afirma que *“la extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos”[[10]](#footnote-10)*.

El derecho al debido proceso también implica acudir a la autoridad competente en condiciones de libertad e igualdad, obtener decisiones motivadas, impugnar decisiones ante una instancia superior y de obtener el cumplimiento del fallo.

En concordancia con lo anterior, es preciso señalar lo siguiente, con el fin de garantizar el debido proceso:

**Constitución Política de 1991**

**Artículo 29.**El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. *(Subrayado fuera de texto)*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (…)

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T­290/98  afirma:*“…lo que se protege no es el riguroso seguimiento de reglas de orden legal, sino  el manejo  de reglas  procesales  para  tomar decisiones  que puedan justificarse jurídicamente, es  decir, hay  que ver el debido proceso  desde el ámbito  constitucional y  no desde el simplemente legal…”. “…el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las  autoridades  judiciales  sino también en  adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos…” (Subrayado fuera de texto)*

En cuanto a la doble instancia, es preciso señalar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C 095 de 2003, donde indica:*“La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la Ley. Con este propósito, la doble instancia constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública”. (Subrayado fuera de texto)*

Si bien, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos se encuentra debidamente regulado, no es menos cierto que garantizarle a éste una doble instancia, favorecería no solo al procedimiento sino que permitiría que la decisión tan delicada de resolver la situación de los NNA, tuviera un mecanismo que confirme, modifique o revoque la decisión tomada en primera instancia. *“La doble instancia tiene múltiples finalidades, tales como permitir que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y más alta jerarquía, ampliar la deliberación del tema y evitar errores judiciales[[11]](#footnote-11)”.*

A pesar de que la doble instancia no hace parte del núcleo esencial del debido proceso, es necesario que en nombre del interés superior de los NNA, se garantice la doble instancia en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por medio de una célula administrativa interdisciplinaria y centralizada, que confirme, modifique o revoque la decisión anterior y de esta forma garantizar que por medio de la doble instancia se puedan corregir los posibles yerros en los que pudo haber incurrido la autoridad competente.

En concordancia con lo anterior, es preciso señalar que esta iniciativa cumple con los criterios jurisprudenciales, en el entendido que la sentencia C 103 de 2005, hace referencia a los parámetros que el legislador debe tener en cuenta al momento de fijar las excepciones al mandato constitucional de la doble instancia, en los siguientes términos: (i) La exclusión de la doble instancia debe ser excepcional; (ii) Deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia; (iii) La exclusión de la doble instancia debe propender por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima; (iv) La exclusión no puede dar lugar a discriminación.

Con base en lo anterior, puede deducirse que no hay razón para que el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, no cuente con una doble instancia y de esta forma se garantice el goce y primacía de los derechos de los NNA.

Por esta razón planteamos en este proyecto de ley, una iniciativa que permita tener una doble instancia en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, asumiendo esta función un órgano administrativo, interdisciplinario y centralizado a cargo del ICBF, quien en un término no mayor a 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley deberá estar conformado y reglamentarlo.

**Venezuela, país donde existe doble instancia dentro del proceso**

La Ley Orgánica Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes, establecen en el Título III, Capitulo IX, Sección Primera, Disposición Generales, en su artículo 214, con respecto a la Competencia y procedimiento, señala lo siguiente:

Artículo 214. Competencia y procedimiento. La jurisdicción penal ordinaria es competente para imponer las sanciones penales, siguiendo el procedimiento penal ordinario. El tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes es competente para imponer las sanciones previstas.

En este mismo Capítulo IX Infracciones A La Protección Debida Referida A Las Sanciones, en su Sección Segunda, establece una serie de hechos que vulneran los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, desde los Artículos 220 al 247, estableciendo además las infracciones y sanciones correspondientes, con el fin de poder garantizar la debida Protección de cada uno de los derechos consagrados en esta Ley, y castigar la Infracciones que violen o vulneren dichos derechos.

En Venezuela también cuentan con la acción de protección que es un recurso judicial contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas o privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes. La acción de protección tiene como finalidad que el tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes haga cesar la amenaza u ordene la restitución del derecho, mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer.

Las Instituciones legitimadas para ejercer la acción judicial de protección son:

- El Ministerio Público.

- La Defensoría del Pueblo.

- El Consejo nacional de derechos y los consejos municipales de derechos de niños, niñas y adolescentes.

- Las organizaciones, legalmente constituidas, con por lo menos dos años de funcionamiento, relacionadas con el asunto objeto de la acción judicial de protección.

- La República, los Estados y los Municipios pueden intentar la acción judicial de protección, a través del ministerio público o la defensoría del pueblo, si éstos encuentran fundamento en lo pedido.

Es competente para conocer la acción de protección, el tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes del territorio donde tenga o haya tenido lugar el acto o la omisión, constitutiva de la amenaza o la violación. **Contra la decisión del juez o jueza se admite recurso de apelación, que será conocido por el juez o jueza superior.** *(Subrayado fuera de texto)*

**LA DECLARATORIA DE VULNERABILIDAD Y SUS EFECTOS**

Una vez se define la situación jurídica con declaratoria de vulnerabilidad, luego de adelantar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en los términos que prevé la Ley 1098 de 2006, puede darse lugar a diferentes medidas de restablecimiento de derechos, ya sea, ubicación en medio familiar (familia nuclear, extensa), hogar sustituto, instituciones de atención especializada del ICBF, instituciones del sector salud, entre otras.

En el evento en que la medida de restablecimiento adoptada en la declaratoria de vulneración de derechos, corresponda a la ubicación en medio familiar nuclear o extensa, se realizará el correspondiente seguimiento, que no podrá ser inferior a 6 meses conforme lo establece el lineamiento técnico de la ruta de actuaciones, tiempo dentro del cual, se establecerá si hay lugar o no al cierre del proceso.

Cuando la medida de restablecimiento de derechos corresponda a la ubicación del NNA en un servicio del ICBF, la permanencia en el mismo dependerá del resultado de las valoraciones que realizan los integrantes de los equipos técnicos interdisciplinarios de las Defensorías de Familia a las medidas decretadas por las autoridad administrativa, así como de los insumos que aporten los profesionales de las instituciones, en donde se verifican las circunstancias específicas de cada situación, para determinar si las condiciones de la medida de restablecimiento de derechos impuesta, son favorables para el cumplimiento de los derechos de los menores de edad o si hay lugar a modificarlas.

Para ello, es necesario tener en cuenta los criterios para definir en cada caso particular el Interés Superior de los menores de edad, contemplados en la sentencia T-510 de 2003[[12]](#footnote-12).

* La garantía del desarrollo integral del menor [de edad].
* La preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor [de edad].
* La protección del menor [de edad] frente a riesgos prohibidos.
* El equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor [de edad].
* La necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.
* La necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor [de edad] respecto del asunto a decidir.

Con el fin de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños y el goce efectivo de una protección especial e integral, es necesario poner un término máximo para que la declaratoria vulnerabilidad cese y no pueda prolongarse por en el tiempo.

Tal como lo evidencia la gráfica que se muestra a continuación, la permanencia de los NNA superior a los 720 días a partir de la fecha del auto de apertura, es alarmante, es un tiempo de permanencia prolongado, que de ninguna manera garantiza la supremacía de los derechos de los niños y en cambio sí prolonga indefinidamente la declaratoria de vulneración de derechos sin que exista un tiempo prudencial máximo para resolver su situación.

No tener un término perentorio, ni parámetros específicos para dar por terminado con el mismo, genera una situación de limbo para los NNA que se encuentran bajo la protección del Instituto, debido a esta situación, se prolonga la permanencia de ellos durante un tiempo indeterminado sin la posibilidad de poder tener una familia que pueda adoptarlos o reintegrarse a su núcleo familiar, debido a que el tránsito entre la declaratoria de vulneración de derechos y la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro a su familia, puede demorarse en muchos casos hasta más de dos años.



*Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Noviembre de 2015*

Torta de porcentajes



*Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Noviembre de 2015*

Porcentualmente, el término de permanencia de los NNA con declaratoria de vulneración de derechos por encima de 720 días, supera con 48% los demás términos de permanencia, lo cual indica que las garantías de sus derechos no están siendo efectivos.

Teniendo en cuenta que los NNA gozan de una protección prevalente y que la responsabilidad de garantizar sus derechos se encuentra en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, es prioritario que este proyecto de ley salga avante, con el fin de garantizar una doble instancia al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos en un término que no podrá superar los dos meses para resolver su apelación y definir la situación jurídica de los NNA con declaratoria de vulnerabilidad.

Cordialmente,

**ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA**

**REPRESENTANTE A LA CÁMARA DEPARTAMENTO DEL HUILA**

**PROYECTO DE LEY No \_\_\_\_\_ DE 2017**

**“POR MEDIO DEL CUAL SE LE OTORGA DOBLE INSTANCIA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, EN UN TERMINO PARA RESOLVER LA APELACIÓN MÁXIMO DE DOS MESES”**

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**DECRETA:**

**Artículo 1.** Créese el artículo 107 A de la Ley 1098 de 200, el cual quedara así:

**Artículo 107 A. Segunda instancia:** El contenido del fallo tendrá segunda instancia, la cual estará en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de un órgano administrativo, interdisciplinario y centralizado que se encargará de resolver la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes.

**Artículo 2. El Gobierno Nacional, en un término no superior a 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, en armonía con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecerá los criterios técnicos que servirán para determinar la situación jurídica del niño, niña o adolescente y creará el Órgano mencionado en el artículo 107 A.**

**Artículo 3. Vigencia.**  La presente ley rige a partir de su promulgación.

Cordialmente,

**ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA**

**REPRESENTANTE A LA CÁMARA DEPARTAMENTO DE HUILA**

1. Artículos 23 y 24 [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 10 [↑](#footnote-ref-2)
3. Código de la infancia y adolescencia [↑](#footnote-ref-3)
4. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral [↑](#footnote-ref-4)
5. Por la cual se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-075 de 2012. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-090 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-075 de 2012. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-557 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia C 034 de 2014 [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia C 718 de 2012 [↑](#footnote-ref-11)
12. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa [↑](#footnote-ref-12)