

**APLICACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN  
AL MENOR ABANDONO O EN PELIGRO EN EL MUNICIPIO  
DE BUCARAMANGA FRENTE A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN  
INTEGRAL**

**GIOVANNI MUÑOZ SUÁREZ  
WERLINTONG RICARDO URIBE VALENCIA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO  
BUCARAMANGA**

**2005**

**APLICACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN  
AL MENOR ABANDONO O EN PELIGRO EN EL MUNICIPIO  
DE BUCARAMANGA FRENTE A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN  
INTEGRAL**

**GIOVANNI MUÑOZ SUÁREZ  
WERLINTONG RICARDO URIBE VALENCIA**

**Trabajo presentado para optar al título de Abogado.**

**Doctora  
MARÍA STELLA ARCINIEGAS  
Abogada**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO  
BUCARAMANGA**

**2005**

## RESUMEN

**TITULO:** APLICACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN AL MENOR ABANDONO O EN PELIGRO EN EL MUNICIPIO DE BUCARAMANGA FRENTE A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL \*

**AUTORES:** MUÑOZ SUÁREZ, Giovanni

URIBE VALENCIA, Werlington Ricardo\*\*

## PALABRAS CLAVES

Situación irregular, Abandono o peligro, Protección integral.

## RESUMEN

El derecho de menores colombiano se fundamenta en dos teorías jurídicas: la doctrina de la protección integral y la doctrina de la situación irregular. La figura más importante de la doctrina de la situación irregular es el Abandono o Peligro del menor.

La presente investigación busca determinar si en el proceso administrativo de protección que conlleva a una situación irregular se tienen en cuenta los principios de la protección integral. Para esto se realiza una exposición de los fundamentos jurídicos de estas doctrinas y posteriormente se hace una observación de campo sobre el desarrollo del proceso administrativo de protección que conduce a la declaratoria de abandono o peligro en el área metropolitana de Bucaramanga.

La investigación concluye que los principios de la doctrina de la protección integral son aplicados en la mayoría de las etapas del proceso administrativo de protección. No obstante el sistema normativo de protección del menor tiene serias fallas ya que está diseñada para proteger solo una pequeña parte de los menores y no a toda la población infantil. También se encuentran carencias presupuestales y técnicas por parte del ICBF. Por último se presentan una serie de recomendaciones que consisten principalmente en estrategias de acción desarrolladas con el fin de lograr mayor coordinación de las instituciones que componen el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y una cobertura eficiente en la actividad desarrollada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

---

\* Trabajo de grado.

\*\* Facultad de Ciencias Humanas. Programa de Derecho. Directora: Dra. Maria Stella Arciniegas.

## SUMMARY

**TITLE:** PRACTICING OF ADMINISTRATIVE PROCESS OF PROTECTION IN ABANDONED OR IN DANGER KIDS IN BUCARAMANGA MUNICIPALITY IN FRONT OF INTEGRAL PROTECTION.

**AUTHORS:** MUÑOZ SUÁREZ, Giovanni  
URIBE VALENCIA, Werlington Ricardo\*\*

**KEY WORDS:**

Irregular Situation, carelessness or danger, integral protection.

**ABSTRACT**

The right of colombian kids is based in two legal theories: doctrine of integral protection and doctrine of irregular situation. The figure more important of the doctrine of irregular situation is the kids' carelessness or danger.

The present investigation finds to determine if in the administrative process of the protection which entails to a irregular situation is bearing in mind the principles of the integral protection. For this an account of the legal basis of this doctrines is made and after that, a observation of field is made about development of administrative process of protection that leads to declaring carelessness or danger in the metropolitan area in Bucaramanga.

The investigation concludes that the principles of the doctrine of integral protection are hard-working in the most of stages of the administrative process of protection. Nevertheless, the normative system of protection for kids has serious defects because it is designed for protecting only a small part of kids and not to all of them. It is found economic and technique lacks by ICBF. Finally, it is presented seires of recommendations which principally lie in action strategies developed with the objective of achieve more coordination in institutions that compound the National System of Familiar Contentment and the efficient coberture int he activity developed by the Colombian Institute of Familiar Contentment.

---

\* Grade Project

\*\* Human Sciences Faculty. Program of Right. Director: Dr. Maria Stella Arciniegas

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	3
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	3
1.1.1 Antecedentes internacionales	5
1.1.2 Antecedentes nacionales	8
1.2 EL MENOR EN SITUACIÓN IRREGULAR.	11
1.2.1 Concepto	13
1.2.2 Clasificación	14
1.3 MENOR EN ABANDONO O EN PELIGRO	16
1.3.1 Menor abandonado.	18
1.3.2 Menor en peligro físico o moral	20
1.3.3 Circunstancias en las cuales el menor se encuentra abandonado o en peligro	22
1.4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN	24
1.4.1 a prevención o amonestación	25
1.4.2 La custodia o cuidado personal	27
1.4.3 La colocación familiar	39
1.4.4 La atención en un centro de protección especial	30
1.4.5 La adopción	32
1.4.6 Otras medidas.	34

1.5 LAS CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR	35
1.5.1 Las críticas al desarrollo histórico de la Doctrina de la Situación Irregular.	35
1.5.2 Crítica a la Situación Irregular en la legislación colombiana actual.	37
2. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL	41
2.1 INTRODUCCIÓN	41
2.2 DESCRIPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL	42
2.2.1 Concepto.	42
2.2.2 Características	44
2.2.3. Definición de la Doctrina de la Protección Integral	49
2.3 LOS PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL	50
2.3.1 Los principios en la Constitución de 1991	50
2.3.2 Los principios en la ley 12 de 1991	51
3. LA SITUACIÓN DE ABANDONO FRENTE A LA PROTECCIÓN INTEGRAL	56
3.1 INTRODUCCIÓN	56
3.2 EL SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR (SNBF)	57
3.2.1 Ubicación del SNBF en el Derecho de Menores.	57
3.2.2 Estructura del SNBF	58
3.2.3 Fines del SNBF.	59
3.3 EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR	60
3.3.1 Estructura del ICBF	60
3.3.2 Descripción del ICBF	61

3.3.3 Descripción del ICBF Regional Santander	63
3.4 DESARROLLO PRÁCTICO DE LA SITUACIÓN DE ABANDONO O PELIGRO EN EL ICBF- SANTANDER.	64
3.4.1 El proceso administrativo de protección	64
3.4.2 Estadísticas..	75
3.5 LA SITUACIÓN DE ABANDONO O PELIGRO FRENTE A LA PROTECCIÓN INTEGRAL.	83
3.5.1 Las críticas a la Situación Irregular frente a la Situación de Abandono o Peligro	83
3.5.2 La Protección Integral frente a la situación de Abandono o Peligro.	86
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	98
ANEXOS	100

## LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Derechos vulnerables de la niñez (casos)	76
Tabla 2. Derechos vulnerados de la niñez (usuarios)	77
Tabla 3. Situación de peligro (casos)	78
Tabla 4. Situación de peligro (usuarios)	79
Tabla 5. Situación de abandono (casos)	80
Tabla 6. Situación de abandono (usuarios)	81

## LISTA DE GRÁFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Derechos vulnerables de la niñez (casos)	76
Gráfica 2. Derechos vulnerados de la niñez (usuarios)	77
Gráfica 3. Situación de peligro (casos)	78
Gráfica 4. Situación de peligro (usuarios)	79
Gráfica 5. Situación de abandono (casos)	80
Gráfica 6. Situación de abandono (usuarios)	81

## **LISTA DE ANEXOS**

	Pág.
Anexo A. Esquema del proceso administrativo de protección.	100
Anexo B. Mapa de centros zonales del ICBF – Santander.	101
Anexo C. Extractos proyecto de ley para la reforma del código del menor.	113

## INTRODUCCIÓN

La vulneración de los derechos de los menores de edad es un fenómeno que genera un impacto significativo en toda la sociedad. Frente a esta situación Colombia cuenta con un amplio acervo de herramientas jurídicas que son encabezadas por la Constitución Política de 1991 y el decreto ley 2737 de 1989 (Código del Menor). No obstante su amplitud, este sistema normativo parece carecer de coherencia debido a que su fundamentación se toma de dos doctrinas jurídicas muy diferentes que en principio se contraponen. En efecto, el Código del Menor colombiano se deriva de la doctrina de la Situación Irregular que considera al niño como un sujeto en estado de incapacidad que requiere de la tutela de un adulto y en caso de que esta tutela no se presente, es necesaria la intervención del Estado.

Por otra parte la Constitución Política de 1991 (y la mayoría de las leyes expedidas con posterioridad a esta) se fundamenta en los modernos instrumentos internacionales sobre Derechos del Niño, que acogen la doctrina de la Protección Integral mediante la cual se considera al niño sujeto pleno de derechos y se establece una obligación para el Estado, la sociedad y la familia de garantizar positivamente el desarrollo armónico e integral de todos los menores en igualdad de condiciones. En la práctica jurídica colombiana el Código del Menor es la norma central en el sistema de protección del menor. En esta norma, la figura del abandono o peligro del menor es la más desarrollada y posiblemente la de mayor uso por parte de los Defensores de Familia. Partiendo de estas premisas la presente monografía se enfocó en la tarea de estudiar a fondo la doctrina de la Situación Irregular y especialmente la figura de la situación de abandono o peligro, así como en estudiar los principios de la doctrina de la Protección

Integral. Con estos elementos buscamos determinar si la declaración de abandono o peligro es un mecanismo que toma en cuenta los principios de la protección integral. Para explorar estos fenómenos se realizó una observación de campo a la práctica del proceso administrativo de protección, debido a que es allí donde los aspectos jurídicos derivados del Código del Menor (tales como la calificación de la Situación, las pruebas solicitadas etc.) juegan un papel preponderante.

El texto de la monografía se divide en tres capítulos. En los dos primeros capítulos se hace una descripción del marco teórico y legal que fundamentan tanto la doctrina de la situación irregular como la doctrina de la protección integral. En el tercer capítulo se señalan los aspectos más relevantes del actuar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (entidad rectora de la política de menores en Colombia) para posteriormente asumir la observación del proceso administrativo de protección que conlleva a una declaración de abandono y contrastarlo con los principios de la protección integral.

Como marco espacial de la investigación se escogió la ciudad de Bucaramanga aunque como se verá más adelante, por razones de la organización interna del ICBF-Santander, la investigación terminó abarcando otros municipios del departamento. Por último, se han propuesto una serie de recomendaciones que pueden desarrollarse antes, durante y después del proceso de protección. Estas recomendaciones no significarían una inversión de dinero, ni alteraciones a la legislación vigente; consistirán principalmente en estrategias de acción desarrolladas con el fin de lograr una mayor aplicación de los derechos del menor. Igualmente se señalarán ciertas observaciones que podrían incidir en una mayor cobertura y eficiencia de la actividad desarrollada por el ICBF y en la posible descongestión de los despachos de los Defensores de Familia.

## 1. LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

### 1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los antecedentes de la doctrina de la situación irregular se asientan en la visión social que existía del niño antes del siglo XVII. Hasta este momento histórico la sociedad no tenía una concepción del niño como una persona diferente de los adultos. El niño, después de pasar por el período de completa dependencia materna, se integraba al mundo como un adulto más y era tratado como una persona mayor de edad. Después del siglo XVII la sociedad “redescubre” al niño y le da un carácter diferenciado de los adultos cuyo principal elemento es verlo como una persona aún inmadura y totalmente desprotegida. Entonces el niño es visto como una persona que no puede vivir sin el cuidado y tutela de los mayores. Se da a la familia y la escuela la tarea de protección del niño y todas las instituciones jurídicas comienzan a diferenciar entre el niño y el adulto

*Para la infancia, la familia y la escuela cumplirán las funciones de control y socialización. Para los menores será necesaria la creación de una instancia diferenciada de control socio-penal: el Tribunal de menores (que no por acaso recibe desde sus orígenes esta denominación).<sup>1</sup>*

Esta diferenciación comienza a extenderse a todas las ramas del derecho, especialmente al derecho penal, como veremos más adelante. A partir de la diferenciación de los niños nace la concepción de una jurisdicción especial para los menores (los Jueces de Menores) y de entender que el menor está

---

<sup>1</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia- adolescencia: De los derechos y de la justicia. Editorial UNICEF, distribuciones Fontamara, México, 1999.

en peligro cuando no tiene un adulto que cuide de él. El concepto de menor en situación irregular fue tomando fuerza con la evolución del derecho de los menores y la necesidad de brindar una protección adecuada al menor de edad, teniendo en cuenta su condición jurídica de inferioridad e incapacidad que lo ubica en una situación que puede comprometer su adecuado desarrollo físico, moral y social frente a las relaciones con personas plenamente capaces. Esto hizo necesario el nacimiento y posterior evolución de una rama independiente del derecho que se encargara de velar por la protección del menor y propendiera por integrarlo de la mejor manera posible a un ambiente social sano.

Por esta razón, para entender la doctrina de la situación irregular debemos mirar primero cual es la naturaleza y los orígenes del Derecho de Menores como rama autónoma. El derecho de menores se asienta en la idea de la indefensión como elemento central de la concepción jurídica del menor.

Así, para el tratadista Rafael Sajón el Derecho de Menores:

*“Es la rama del derecho que regula la protección del menor, para favorecer, en la medida de lo posible, el mejor desarrollo de la personalidad del mismo para integrarlo, cuando llegue a su plena capacidad, en las mejores condiciones físicas, intelectuales y morales, a la vida normal.”<sup>2</sup>*

Según lo anterior, se considera al Derecho de Menores como una rama de carácter tutelar y proteccionista, debido a que toma al menor de edad como un sujeto con marcadas diferencias frente a las personas adultas que requiere amparo y protección especial por parte de todas las demás

---

<sup>2</sup> SAJÓN, Rafael. Nuevo derecho de menores. Editorial Humanitas. Buenos Aires, 1967. Página 13

personas que conforman la sociedad y por el mismo Estado, para que alcance un desarrollo adecuado en las más favorables condiciones.

Así lo considera igualmente el tratadista Hugo D'Antonio, para quien:

*“El derecho de menores no se fundamenta en la situación en que el menor pueda encontrarse, sino que se asienta en las particularidades de la persona menor, siendo el estado de minoridad el elemento más distintivo.”<sup>3</sup>*

A continuación trataremos los antecedentes internacionales y nacionales del derecho de menores y de la necesidad de brindarle una efectiva protección.

**1.1.1 Antecedentes internacionales.** La situación y condición excepcional de los menores ha sido muy variable no solo con el transcurso del tiempo sino en la forma como diversos pueblos han tratado este tema:

*“No siempre se ha considerado a los menores colocados en una situación legal excepcional, ya que hubo pueblos en que el derecho de castigar fue tan duro con ellos como con los adultos, al aplicar la cárcel y aún la muerte, en condiciones especiales de crueldad. Hubo, en cambio, pueblos primitivos que estuvieron conscientes de que el menor de edad podría ser considerado como justificativo de normas excepcionales a favor de los sujetos que violaban la ley(...).”<sup>4</sup>*

Entre las primeras normas que fueron dictadas con el fin de brindar una protección al menor cabe destacar en la época de Hammurabi – Año 2.000 A. C.- la existencia de unas sanciones severas contra quienes maltrataban o abandonaban a los menores de edad. Posteriormente en Grecia y Roma no fue reconocido ningún tipo de derecho del niño, debido a la figura del *pater*

---

<sup>3</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1986. Pág. 47.

<sup>4</sup> SOLÍS QUIROGA, Héctor. Justicia de menores. Editorial Porrúa, México, 1.986. Pág. 1

*familiae*, quien detentaba una máxima autoridad y manejaba sus asuntos familiares de acuerdo a su libre arbitrio.

Durante largo tiempo fue desconocido el derecho de los menores como lo consagramos hoy en día, es decir, como un ordenamiento que estatuyera mecanismos idóneos que propendieran por el bienestar del menor. Se consideraba que el menor no debía ser sujeto de normas especiales ya que simplemente debía estar completamente subordinado a los adultos. Este pensamiento es el que caracteriza las normas del Código Civil napoleónico que consagrarán una protección al menor, las cuales:

*“(...) no se basan aún en la idea de que lo determinante es esa situación peculiar de la persona en formación, sino en que por su edad carece de discernimiento que le permita valorar la realidad y prever el futuro.”<sup>5</sup>*

Con el transcurso del tiempo se presentó la necesidad de crear una especial protección tutelar. Durante el Siglo XVIII, en el auge de la industrialización, en el cual se presentaba un trato inhumano para los obreros de las fábricas, los menores fueron objeto de múltiples atropellos y violaciones caracterizadas por una extenuante jornada laboral y por devengar un salario exiguo. Como lo señala Eduardo García Sarmiento

*“La llamada revolución industrial del siglo XVIII provocó una serie de preceptos jurídicos que abrirían la puerta a la protección de los menores”<sup>6</sup>*

Es así como a comienzos del siglo XIX los Estados más industrializados con el fin de buscar una adecuada solución a esta grave problemática social fueron expidiendo de manera paulatina normas proteccionistas de las

---

<sup>5</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y otros. Derecho de menores. Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica Diké. 1ª edición. Medellín-Colombia, 1995. Pág. 12.

<sup>6</sup> *Ibid.* Pág. 9.

relaciones laborales y en especial sobre las condiciones de los menores trabajadores. De esta manera el área laboral fue uno de los primeros campos en los cuales se tomaron las primeras medidas de protección al menor, desde un punto de vista en el cual se tenía en cuenta su excepcional situación.

El primer antecedente directo de una legislación especial para menores en América se presentó en el campo penal mediante la creación de la primera Corte Juvenil en Chicago - EEUU en el año de 1899. Este establecimiento surgió como reacción ante la difícil condición carcelaria en que se hallaban los *menores delincuentes*, situación caracterizada por condiciones de hacinamiento y maltrato que hacían imposible su resocialización. Se consideró necesaria la aplicación de un sistema diferente, que fuera acorde con la protección del menor y en el cual prevaleciera el interés de este. Para el doctrinante Antonio José Martínez López:

*“El derecho de menores, surgió de la necesidad de sustraer a los menores de edad del régimen penal ordinario aplicado al delincuente adulto”<sup>7</sup>*

Esta corriente cada vez tomaba mayor auge y en la primera mitad del siglo XX se expidieron leyes especiales para menores en todos los países latinoamericanos y se crearon Tribunales de menores en diversos países siempre bajo la idea de que el menor no debía ser objeto de las penas ordinarias aplicadas a los adultos. Comienza entonces a hacerse prevalente la idea del interés del menor y el adecuado desarrollo de su personalidad. Para lograr esto se empieza a promocionar el principio expresado en la idea

---

<sup>7</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Código del menor y jurisdicción de familia. Ediciones Librería del profesional. 2ª Edición. Bogotá-Colombia, 1.994. Pág. 2.

que: *“El menor es juzgado como persona singular inimputable, a quien no se debe castigar sino corregir y formar”*<sup>8</sup>

Por otro lado también se promovió un debate por diferentes tipos de organizaciones sobre la necesidad de brindar y garantizar las condiciones mínimas para el adecuado desarrollo físico, social, afectivo, educacional y mental de la infancia. Es así como en 1923 se promulgó la declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1924. Mediante esta declaración se estableció que la humanidad debe brindar al menor de edad las mejores condiciones para su normal desarrollo físico y moral. En 1927 se fundó el Instituto Interamericano del Niño integrado a la OEA, el cual fue creado con el fin de orientar y dirigir la política de menores en el territorio americano. Siguiendo la anterior política de protección al menor la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableció una serie de obligaciones a cargo de la humanidad con el fin de cumplir de manera plena con el desarrollo físico, mental y social del menor e igualmente reconocer la participación del niño como un miembro de la comunidad digno de protección especial.

Los pilares normativos fundamentales en el tema de la protección del menor en el campo internacional postulan expresamente el principio del interés superior del niño y el deber de protección especial; entre las principales normatividades en el ámbito internacional que propugnan por esta ideología, cabe resaltar la Declaración de los derechos del niño, promulgada en 1959; las Reglas de Beijing, mediante la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas, expidió las reglas mínimas para la administración de la justicia de menores y la Convención sobre los derechos del niño expedida por la ONU en 1989, normatividad que ingresó a la normatividad Colombiana mediante la aprobación suscrita por el Congreso mediante la Ley 12 de 1991.

---

<sup>8</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y otros. Op. cit. Pág. 13.

**1.1.2 Antecedentes nacionales.** Nuestro país no fue ajeno a la fuerte influencia ideológica que planteaba la necesidad de una rama autónoma del derecho que velara por una efectiva protección al menor. Es así como de manera paulatina se expidieron las normas encaminadas a este fin. La primera norma que trató el tema desde la nueva corriente del Derecho de Menores fue la Ley 98 de 1920 que creó los juzgados de menores bajo el principio de cumplir con la función protectora del Estado frente a los menores de edad que se encontraban en una situación riesgosa por sus condiciones carcelarias.

Posteriormente mediante la Ley 79 de 1926 se crea el Ministerio de Instrucción Pública para la educación y guarda de menores.

Igualmente el tema del menor trabajador empezó a adquirir protagonismo. Mediante la Ley 75 de 1927 se determinó que los inspectores de trabajo cumplirían funciones de protección al menor, siendo este el primer antecedente de la figura del actual Defensor de Familia (anteriormente Defensor de Menores). Esta ley se complementó con la ley 129 de 1931 que adoptó normas de protección al menor trabajador.

Las anteriores normas trataron de ser unificadas por el legislador en la Ley 9 de 1930, la cual reglamentaba diversas acciones que buscaban la efectiva protección al menor de edad. Igualmente en el año de 1936 se expidió la Ley 45 denominada "Ley Orgánica de filiación natural". Esta ley también señaló la existencia de los derechos de los menores nacidos fuera del matrimonio derechos que hasta esa época eran totalmente desconocidos.

Sin embargo estas disposiciones que pretendían solucionar el momento crítico de la niñez desamparada no eran suficientes; por el contrario existía un aumento los casos de menores desamparados y abandonados por sus

padres, lo cual generaba una grave problemática social, caracterizada por la desadaptación y el preocupante incremento en la delincuencia juvenil.

*“En Colombia fenómenos como el gaminismo y la aparición de pandillas juveniles comenzó a alertar con mayor ahínco a la opinión pública y a entidades gubernamentales sobre la verdadera magnitud del problema de los menores en situación de abandono.”<sup>9</sup>*

En este contexto, se expidió la Ley 83 de 1946 denominada “Estatuto Orgánico de defensa del niño”, primer gran paso para elaborar la legislación especial del menor al ser la más completa normatividad al respecto y ocuparse de temas propios del derecho penal, civil y laboral. Mediante esta norma se creó la jurisdicción de menores y se exigió al mismo tiempo unas mejores condiciones de idoneidad a los funcionarios encargados de laborar allí con el fin de dar un tratamiento diferente a los menores de 18 años que cometieran infracciones penales. También habló por primera vez del abandono o peligro y estableció medidas de protección al menor que se encuentra en tales situaciones. La mirada del legislador también se enfocó en el tema de las adopciones que fueron reglamentadas mediante la ley 140 de 1960.

Con la expedición de la Ley 75 de 1968 se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar centralizando en esta institución los servicios de atención y protección a los menores de 18 años. Se establece mecanismos para protección del menor y la familia y se crea figura la del Defensor de Menores. La Ley 5 de 1975 complementó esta reforma mediante la creación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. En años siguientes se expidió la Ley 29 de 1.982 con la cual se otorgó igualdad de derechos herenciales a los

---

<sup>9</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y otros. Op. cit. Pág. 47.

hijos legítimos extramatrimoniales y adoptivos, realizando el correspondiente ajuste a los diversos órdenes hereditarios. Posteriormente, mediante el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, se unificaron ideas y conceptos de protección al menor consagradas en el derecho interno, el internacional y en reglas del derecho comparado; en este Código se compilan los principios fundamentales, los derechos, deberes y procedimientos que dieran una solución adecuada a la imperiosa necesidad de formar y preparar al menor para integrarlo a la sociedad en las mejores condiciones.

*“El Decreto 2737 de 1989 esencialmente consagra derechos fundamentales del niño, determina principios rectores que orientan las normas de protección del mismo, define las situaciones irregulares bajo las cuales puedan encontrarse los menores de edad, las medidas que deben adoptarse para corregir esas situaciones”<sup>10</sup>*

En los años posteriores a la expedición del Código del Menor y más específicamente luego de 1991, año en el cual empezó a regir la Constitución Nacional, se empezó a advertir un mayor interés en la aplicación de medidas de carácter preventivo expidiéndose la ley 12 de 1991 aprobatoria de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Esta nueva percepción y tratamiento normativo lo trataremos detalladamente en el siguiente capítulo.

## **1.2 EL MENOR EN SITUACIÓN IRREGULAR**

Es de gran importancia en el normal desarrollo del menor el cumplimiento de la principal función que le corresponde a la familia: servir como núcleo de protección y educación del menor y buscar su adecuada socialización mediante una efectiva protección de sus derechos. Cuando este fin último no

---

<sup>10</sup> TORRADO, Helí Abel. Código de Familia. Legislación, Jurisprudencia, Doctrina y Normas complementarias. Ediciones Librería Profesional. Santa fe de Bogotá. D.C., 2000.

se presenta al interior de la familia y esta incumple con sus obligaciones o cuando el núcleo familiar se desintegra, se pueden generar escenarios de conflicto en los cuales se desampara al menor, quedando en una situación de desprotección que puede crear grandes inconvenientes en su desarrollo físico, psíquico y moral. Las obligaciones en cabeza de la familia pueden ser clasificadas en obligaciones de carácter positivo y de carácter negativo:

- Las obligaciones positivas son aquellas que implican asegurar el cuidado personal del menor y procurar la satisfacción de sus principales necesidades para lograr su adecuado desarrollo físico y psicológico. Estas obligaciones han sido ampliamente consagradas y desarrolladas en legislaciones anteriores y posteriores a la carta de 1991 así como en los tratados internacionales integrados a la Carta Política en virtud del bloque de constitucionalidad.

- Las obligaciones de carácter negativo se encaminan a que ninguna persona ejerza contra el menor abusos, violencia física o moral, maltrato, discriminación y demás actos que pongan en peligro su desarrollo armónico e integral.

En este sentido la vulneración de los derechos del menor se entiende desde el punto de vista de una actuación negativa por parte de quienes tienen el cuidado del menor. Los derechos del menor se vulneran cuando existen

*“(...)situaciones de maltrato, abuso, explotación, abandono que ponen en riesgo su integridad física, psicológica, social, cultural y moral, impidiendo en consecuencia el ejercicio pleno de sus derechos.”<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> ICBF: Acciones Frente a la Vulneración de los Derechos de Niños y Niñas. en [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co). Bogotá, 2004

Cuando se esté en presencia de una incumplimiento de las obligaciones señaladas o en una vulneración de los derechos, estamos ante una *situación irregular*. Las situaciones irregulares se refieren entonces a diferentes circunstancias en las cuales los responsables del cuidado de un menor (padres o tutores) incumplen con sus obligaciones legales o permiten que otros adultos cometan contra los menores, abusos de tipo sexual laboral o malos tratos en general, que producen o pueden producir una desviación de la conducta en el menor y que limitan su posibilidad de adquirir una personalidad normal y una correcta adaptación social. La intervención del Estado tiene un carácter subsidiario ya que corresponde a la familia la primera obligación para con el menor. Como bien lo señala Eduardo García Sarmiento.

*“...partiendo de la base que orienta la organización política del Estado de Derecho, es la familia la célula fundamental a la que le incumbe proteger a sus menores; el Estado ayuda a la familia en el cumplimiento de sus deberes, coordina sus actividades, inclusive la sanciona si no cumple y en últimas la sustituye cuando realmente dicha célula no puede proteger sus menores y hace intervenir a la comunidad como interesada en el presente y en el futuro de la sociedad”.*<sup>12</sup>

**1.2.1 Concepto.** El concepto de menor en situación irregular es estudiado tanto desde su esencia, ya planteada en el numeral anterior, como desde la enumeración de las situaciones más representativas de esta figura. Marco Monroy Cabra es uno de los tratadistas más concisos al indicar que un menor en situación irregular es:

---

<sup>12</sup> GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Derecho de Familia en el Código del Menor. 1ª Edición. Librería editorial el foro de la Justicia. Bogotá, Colombia. 1990. Pág. 5.

*“Todo menor que se encuentre en situación de conflicto en su adaptación social debido a causas ambientales o personales, siempre que esta situación sea persistente, susceptible de agravarse y no pueda corregirse por el grupo familiar”<sup>13</sup>.*

El Instituto Interamericano del Niño (OEA) por su parte define el concepto de situación irregular del menor mediante la contemplación de todos los eventos y las circunstancias en las cuales podría hallarse un menor para declararlo así:

*“... aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral, o padece un estado de un déficit físico o mental” también comprende “a los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades.”<sup>14</sup>*

De esta manera la mayoría de los autores ven las dos caras del concepto de situación irregular. Por un lado su esencia, es decir, la referencia al menor de edad que se encuentra en una situación de conflicto en su adaptación social.

Por otro lado las situaciones más representativas de la situación irregular como lo son el abandono material, el hecho antisocial, el peligro de vulneración, el estado de déficit mental, psíquico y moral y la ausencia de la educación y los cuidados propios de sus individualidades.

**1.2.2 Clasificación.** Del concepto de situación irregular del menor dado por el Instituto Interamericano del Niño (OEA) y citado anteriormente, podemos

---

<sup>13</sup> MONROY CABRA, Gerardo. Derecho de Menores. I edición. Librería Jurídica Wilches. Bogotá, Colombia. 1983. Pág. 11

<sup>14</sup> INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (OEA).

ver que existen unas circunstancias representativas. En nuestra legislación estas circunstancias representativas están previstas en las hipótesis que están enumerados en el artículo 30 del Código del Menor:

*“ Un menor se halla en situación irregular cuando:*

- 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro.*
- 2. Carezca de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.*
- 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.*
- 4. Haya sido autor o participe de una infracción penal.*
- 5. Carezca de representante legal.*
- 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental.*
- 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.*
- 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley.*
- 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o integridad.”*

El fin principal de esta clasificación es el identificar de manera clara todos aquellos hechos que impiden o dificultan el normal desarrollo de la personalidad del menor, o las circunstancias que lo colocan en grave riesgo de caer en una situación de desadaptación social. De acuerdo al tipo de evento o situación se debe ejercer el mecanismo adecuado y autorizado en la reglamentación del derecho de menores y si es necesario, intervenir en las relaciones paterno – filiales en procura del bienestar del menor.

Como puede verse nuestro código se aparta un poco del concepto dado por el Instituto Interamericano del Niño y no considera que la falta de una educación adecuada sea una situación irregular representativa; pero en una interpretación sistemática de la norma, acorde con los preceptos de nuestra

Constitución Política, se entiende que dentro de las necesidades básicas del menor están la educación y los cuidados propios de su edad y por lo tanto caben dentro de la hipótesis del numeral 2 del artículo 30. Es claro también que estas situaciones dependen en gran medida del medio social en el que se originan y de la forma como inciden finalmente en la vida del menor. Por esto el funcionario debe analizar los diferentes aspectos internos o externos de cada caso en particular (personalidad, condición psicológica, conducta familiar, características principales del núcleo familiar, entre otros) para decidir sobre la medida más conveniente para brindar una solución apropiada a cada caso en concreto.

Mucho han insistido los autores en que el Defensor de Familia tenga un cuidado especial al momento de analizar y valorar cada caso en estudio y calificarlo de la manera más adecuada para evitar una decisión que termine siendo gravemente perjudicial no solo para el menor sino para todo el núcleo familiar.

### **1.3 MENOR EN ABANDONO O EN PELIGRO**

La condición del menor abandonado o en peligro es la primera hipótesis que señala el Artículo 30 del Código del Menor para establecer una situación irregular en un menor.

La idea de menor abandonado o en peligro hace un énfasis sobre la persona del menor, sobre su condición de indefenso para ingresar a la sociedad, pero principalmente, sobre la persona que tiene a su cuidado la protección y el desarrollo del menor.

El abandono es producto de una situación familiar perjudicial para el desarrollo integral del niño. Esta situación implica necesariamente el

incumplimiento de algunas o todas las obligaciones que están en cabeza de la familia o del adulto responsable respecto del cuidado y crianza. Las condiciones que producen esta situación de desamparo del menor por parte de los miembros del núcleo familiar son diversas y complejas:

*“La situación de abandono es un reflejo del desajuste de la familia, de la falta de equidad en la distribución del ingreso, las fallas en la educación y formación de los hijos, los maltratos físicos y síquicos de los padres, la embriaguez, la inestabilidad, la miseria, el rechazo a los hijos no deseados, y un sinnúmero de causas debidas principalmente a la crisis de los valores y, desde luego, al subdesarrollo de nuestro país.”<sup>15</sup>*

Este fenómeno no supone que sea siempre culpa de la familia el incumplimiento de las obligaciones. Simplemente crea el mecanismo adecuado para detener la vulneración de los derechos del menor como es la intervención del Estado, mediante la figura del Defensor de Familia como representante del poder estatal en las relaciones familiares o personales que están perjudicando a un menor y lo colocan en peligro. Por esta razón se entiende que la legislación de menores es proteccionista del menor pues detiene la vulneración y preventiva pues evita nuevas vulneraciones. La intervención que desarrolla el Defensor de Familia desde el punto de vista de la doctrina de la situación irregular no tiene carácter coercitivo pues no genera penas, solo medidas de protección del menor y obligaciones en cabeza de los padres.

La intervención del Estado se legitima por cuanto es su deber proteger al miembro más vulnerable de la sociedad.

---

<sup>15</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Op. cit Pág. 83

*“Cualquier forma de abandono a la que sea sometido un menor, es suficiente para legitimar y hacer exigible la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones familiares, a fin de poner término a la situación irregular y restablecer el pleno ejercicio de los derechos de los niños”.*<sup>16</sup>

Encontramos frente al concepto de menor abandonado o en peligro, dos enunciados diferentes que analizaremos de manera separada para hacer un estudio adecuado de esta situación.

**1.3.1 Menor abandonado.** El abandono en un menor implica su desamparo o el incumplimiento de quien le debe proporcionar los medios imprescindibles para su adecuado desarrollo integral. En general podemos definir al menor abandonado como aquel menor de edad que carece de las personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas como la alimentación, el afecto, el estudio, el vestuario y la recreación o cuando existiendo estas personas, incumplen con sus obligaciones<sup>17</sup>.

La variedad de situaciones que pueden llevar al abandono es muy compleja pero todas tienen en común la carencia de los adultos responsables o el incumplimiento grave y actual de estos:

*“El término abandono es comprensivo de variadas situaciones de desprotección y puede decirse que define acabadamente el desamparo del niño, tanto cuando se encuentra materialmente en peligro, como su personalidad moral está siendo o ha sido objeto de actos que la conturban o desvían. Igualmente en estado de abandono se nos aparece el menor que actúa en rebeldía, marginándose de las pautas sociales (...)”.*<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Protección de la Familia – Visión Constitucional.. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 1999. Pág. 290.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, José Antonio. Op. Cit Pág. 98

<sup>18</sup> D’ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho Op. Cit.. Pág. 29.

José Martínez López señala que no puede considerarse que todo menor de edad que carezca de personas obligadas a su cuidado encuadra dentro de la definición anterior. Puede darse el caso por ejemplo de un joven de 16 años que viva independiente y subsista con su trabajo.

Por ser menor de edad no implica que se encuentre en una situación de menor abandonado si de acuerdo a la situación que lo rodea, no se le está produciendo algún tipo de perjuicio<sup>19</sup>.

En efecto, si existen normas del ordenamiento colombiano que autorizan y regulan actividades del menor independientes del cuidado de sus padres o representantes legales debemos concluir, fundados en una interpretación sistemática, que el abandono solo se presenta cuando a) existe la carencia o el incumplimiento de los padres o tutores y b) esta carencia o incumplimiento esta causando un perjuicio para el menor<sup>20</sup>.

Igualmente pueden presentarse menores a los cuales sus padres o tutores les brindan todas las condiciones económicas necesarias para vivir y aún así se encuentran abandonados, por cuanto son dejados a su libre albedrío sin que exista la figura adulta que lo guíe y oriente en su desarrollo, así como le brinde el necesario apoyo moral y ético.

En todo caso, estos menores siempre tendrán a su alcance los medios legales para que, en caso de que su situación desmejore, los adultos responsables vuelvan a velar por su desarrollo.

---

<sup>19</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Op. Cit.. Pág. 99.

<sup>20</sup> *Ibid.* Pág. 98

Según el Vocabulario Multilingüe del Instituto Interamericano del Niño el concepto de menor abandonado puede entenderse desde dos puntos de vista diferentes:

- Abandono Físico: Cuando el menor carece en forma absoluta o temporal de las personas que por ley deban suministrarle alimentos y quienes por mandato de la ley deben brindarle cuidado personal. También se presenta cuando aunque existan tales personas, estas se encuentran en incapacidad de suministrar las principales necesidades del menor.

- Abandono Moral: Cuando quienes tienen el cuidado del menor incumplen sistemáticamente con sus obligaciones y deberes de educación, vigilancia y corrección o cuando carecen de sus capacidades mentales o morales necesarias para brindar una correcta formación al menor, o los incita a realizar actos perjudiciales, que pueden convertir al menor en un ser inadaptado para vivir en sociedad.

**1.3.2 Menor en peligro físico o moral.** El menor se encuentra en peligro físico o moral cuando existe una circunstancia no constitutiva de abandono, que atenta gravemente contra su normal desarrollo y lo coloca en una situación de vulneración actual o de posible vulneración de sus derechos. José Martínez señala que las circunstancias que pueden poner al menor en peligro físico o moral no tienen que ser necesariamente familiares: pueden ser circunstancias de tipo extrafamiliar, ambiental, etc. tales como el trabajo forzado o la violencia sexual continuada que no es ejercida por los padres. En todo caso, debe tratarse de una circunstancia no constitutiva de abandono por lo que puede entenderse que la situación de peligro tiene un cierto carácter residual.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ibid. Pg. 100

Son diversas las situaciones que pueden generar este tipo de problemática. Entre estas podemos señalar la presencia de conductas familiares o sociales irregulares que generan diferentes tipos de abusos o maltratos al menor y que impiden una normal relación paterno-filial. También encontramos abusos en las condiciones laborales, los conflictos conyugales o de pareja y los conflictos de personas que habiten en el mismo lugar del menor y que no sean los padres, etc. La principal consecuencia que produce este tipo de situación irregular consiste en que el menor se encuentra obligado a adoptar nuevos valores y normas de comportamiento que pueden generar peligro de desadaptación social como la delincuencia, los comportamientos violentos o la prostitución, entre otros.

Partiendo de la definición de Martínez López puede verse que el límite entre la situación de abandono y la de peligro físico o moral es muy difuso. En efecto, si tenemos en cuenta que una situación de peligro no debe ser constitutiva de abandono y la situación de abandono es el incumplimiento de las obligaciones por parte de los adultos responsables, debemos concluir que solo se presenta una situación de peligro en dos hipótesis: cuando el perjuicio al desarrollo del menor es causado por personas diferentes de sus adultos responsables o cuando aún no se presenta un perjuicio al menor pero existe un peligro actual de que este se presente. Cuando el perjuicio al desarrollo del menor ya se está causando y los causantes son los mismos padres, no estaremos frente a una situación de peligro sino frente a una situación de abandono en toda regla.

Partiendo de la aclaración anterior y con base en el Vocabulario Multilingüe del Instituto Interamericano del Niño veremos el concepto de menor en situación de peligro desde dos puntos de vista diferentes:

- Peligro físico: Se presenta cuando existen causas que afectan la vida, la salud o la integridad personal del menor. Esto sucede cuando el menor convive con personas que padecen enfermedades de tipo contagioso o cuando se encuentra en un ambiente en el cual pueda afectarse su salud.

- Peligro moral: Se presentan cuando existen un conjunto de condiciones de tipo objetivo y subjetivo, mediante los cuales se compromete la personalidad o la formación del menor. Esto ocurre por la existencia de circunstancias que afecta al núcleo familiar y que perjudican en ultima instancia del normal desarrollo del menor en el plano ético, educacional, psicológico y material.

**1.3.3 Circunstancias en las cuales un menor se encuentra en abandono o peligro.** El artículo 31 del Código del Menor enumera en forma taxativa las diferentes circunstancias que pueden generar una situación en la cual el menor esté en abandono o en peligro. Son siete hipótesis que reseñaremos a continuación:

**a.** *El menor fuere expósito.* Esta situación hace referencia a aquellos menores de edad, en su mayoría recién nacidos, que son dejados a las puertas de una iglesia, un hospital o cualquier otro lugar o son abandonados a su suerte en un paraje público o privado de tal manera que no se tiene ninguna idea de quienes son sus padres.

**b.** *Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.*

*c. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.*

Con relación a esta situación es importante señalar la obligación especial dispuesta en el artículo 33 del Código del Menor que indica que todos los Directores de Centros asistenciales y de entidades hospitalarias sean públicos o privados, se encuentran en la obligación de informar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre los menores que sean abandonados en sus dependencias. Igualmente deben prestarle la atención adecuada al menor mientras son atendidos por el ICBF.

*d. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros toleren.*

*e. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia.*

*f. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social.*

Este numeral establece la situación mediante la cual el menor por la influencia del medio social que le rodea, adopta nuevos valores o normas de comportamiento que se dirigen en contra de la misma sociedad y pueden terminar en una grave desviación de su conducta o al peligro de caer en ella y la posibilidad de incurrir en hechos antisociales como la comisión de delitos o contravenciones.

*g. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio, o en cualesquiera otros motivos.*

Además, de los diferentes eventos en los cuales se presenta una situación de abandono o peligro el Código del Menor contempla las medidas judiciales o administrativas necesarias para brindarle una adecuada protección. En los siguientes apartados nos dedicaremos al estudio de estas medidas.

#### **1.4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN**

Teniendo en cuenta el tipo de obligación que es incumplido por los padres o tutores o los derechos que se hayan vulnerado, el Código del Menor contempla las medidas que pueden tomarse para corregir las situaciones irregulares. La decisión de aplicar una u otra medida de protección es tomada por el Defensor de Familia previo un proceso administrativo de protección y debe fundarse en la consideración del Interés Superior del Menor y en la salvaguarda de la familia como núcleo esencial de la sociedad. Las medidas de protección siempre deben presentar un cambio favorable para el menor y deben respetar sus derechos consagrados en el Código del Menor, como el de no ser separado de su propia familia o de una familia sustituta, sino en los casos en que sea necesaria para su protección.<sup>22</sup> El defensor de familia no puede imponer medidas que atenten contra la legalidad, tales como sanciones que impliquen vulneraciones a la honra o los bienes de los padres responsables.

---

<sup>22</sup> Ibid. Pág. 117.

Las Medidas de Protección están previstas en los artículos 57 y ss. del Código del Menor. Estas medidas son el instrumento legal con que cuenta el Defensor de Familia para responder a las situaciones irregulares. No están enumeradas en forma taxativa, tienen un carácter correctivo (detienen la actual vulneración de los derechos) y preventivo (buscan evitar futuras vulneraciones) y su finalidad consiste en lograr la protección del menor que se encuentra en una de las situaciones del art. 31 del Código del Menor permitiendo su reintegro al estado jurídico que perdió cuando fue declarado en esta situación irregular.

Contempla el artículo 57 del Código del Menor:

*“En la Resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:*

*1º) La prevención o amonestación de los padres o a las personas de quien dependa.*

*2º) La atribución de custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.*

*3º) La colocación familiar*

*4º) La atención integral en un centro de protección Especial*

*5º) La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono (en este caso los padres pierden la patria potestad del menor Art. 59).*

*6º) Cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral”.*

En los siguientes apartados entraremos a definir cada medida por separado tomando en cuenta sus características más importantes y sus alcances desde el punto de vista de la protección de los derechos del menor.

**1.4.1 La prevención o amonestación.** El Código del Menor define esta medida en su artículo 67 de la siguiente manera:

*“La prevención o amonestación es una medida conminatoria por medio de la cual se exige a los padres, o a las personas de quienes el menor depende, el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden”.*

La amonestación es el acto de advertencia que hace el Defensor de Familia a los responsables del menor para que cumplan con sus obligaciones. Esta medida procede en situaciones en las cuales se han incumplido con obligaciones básicas o las circunstancias que generaron la declaración de la situación irregular del menor no son de mucha gravedad. Es decir que opera en aquellas situaciones de abandono o de peligro físico o moral en las cuales no se causa una muy grave vulneración a los derechos del menor o a su desarrollo físico y moral.

En estos casos la norma tiene cierto carácter de sanción en cuanto impone obligaciones a los adultos, pero su primer interés es prevenir el incumplimiento de las responsabilidades por parte de quien tiene a su deber el cuidado del menor. El éxito de la medida dependerá en gran parte de la autoridad moral y ética que revista la persona que ejerce la sanción de tal manera que el adulto no se sienta amenazado sino orientado en sus obligaciones.

Es muy posible que en la práctica no se pueda aplicar esta medida en situaciones de abandono, ya que el abandono supone incumplimientos graves. Pero en los casos de peligro es factible el uso de esta medida,

máxime cuando las situaciones de peligro no siempre son causadas directamente por los adultos responsables pero la negligencia de estos hace parte de las condiciones que ponen en peligro al menor.

También es factible su ejercicio en caso de incumplimiento de los deberes morales del padre, debido a la falta de cariño, afectividad y una orientación más cercana al menor de acuerdo con la edad. La amonestación se solemniza mediante acta en la cual deben constar los hechos que dieron lugar a la conminación, las obligaciones que se imponen a los amonestadores y las sanciones que origina el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia. Con el fin de un real acatamiento de las obligaciones impuestas en el acta de amonestación, el Artículo 68 del Código del Menor establece una sanción pecuniaria, la cual consistirá en una multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal de multa. Esta sanción debe ser impuesta consultando las condiciones económicas en las cuales se encuentran los sancionados ya que su aplicación puede resultar perjudicial para el mismo menor de edad que se pretende proteger.

En la aplicación de esta medida de protección el Defensor de Familia puede disponer que las personas quienes tienen el cuidado del menor deben asistir a programas o proyectos comunitarios de integración familiar, de tratamiento psicológico o de alcoholismo y farmacodependencia.

**1.4.2 La custodia o cuidado personal.** Cuando las circunstancias en las cuales el menor se encuentra causan un mayor perjuicio para su adecuado desarrollo, el artículo 70 del Código del Menor señala que el Defensor de Familia podrá asignar provisionalmente su custodia o cuidado personal a los parientes que según su criterio subjetivo ofrecen mayores y mejores

garantías para el desarrollo integral del niño. Los parientes que asumirían la custodia o cuidado del menor está señalado en el artículo 61 del Código Civil de la siguiente manera:

- 1o) Los descendientes legítimos.
- 2o) Los ascendientes legítimos, a falta de descendientes legítimos.
- 3o) El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos.
- 4o) El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o, 2o y 3o.
- 5o) Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o, 2o, 3o y 4o.
- 6o) Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores.
- 7o) Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

El acta en la cual se decreta la medida debe establecer las obligaciones de quienes asumen su custodia e indicar el tipo de sanción frente al incumplimiento de lo indicado en el acta. Este incumplimiento se presentará en dos eventos: a) que el padre o tutor del menor se niegue a entregarlo a la familia que cuidará de él o b) que la familia que asuma el cuidado del menor no cumpla con las obligaciones impuestas en el acta.

En ambos casos la sanción, por orden del artículo 72 del Código del Menor es de multa y/o arresto hasta de 60 días, pero en el caso de que el padre o tutor del menor reincida en su incumplimiento se le suspenderá la patria potestad por lo cual estamos ante una modificación del artículo 310 del Código Civil que contempla las causales de suspensión de la patria potestad.

Por otra parte, esta medida no establece un plazo o un término para la provisionalidad de la custodia del menor. No obstante, mediante una interpretación sistemática puede verse que la terminación de la medida ocurrirá cuando desaparezcan las circunstancias que dieron origen a que se decretara y no existan razones para pensar que estas circunstancias volverán a ocurrir. Es decir que la medida se terminará cuando prospere la “acción de revisión” prevista en el artículo 64 del Código del Menor. De esta manera se brinda una seguridad al menor acerca de su situación futura. La Corte Constitucional ha señalado con relación a este tipo de medida de protección lo siguiente:

*“Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad”<sup>23</sup>*

Conforme con lo anterior al momento de aplicar esta medida debe valorarse objetivamente cada caso en particular, para confiar el cuidado del menor a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades, el ambiente propicio para lograr el bienestar y el desarrollo armónico e integral; de tal manera que el otorgamiento del cuidado y custodia no implique eventualmente una modificación desventajosa para el menor. Incluso puede no entregarse la custodia provisional de un menor a sus padres biológicos cuando es más conveniente que otros familiares asuman esta responsabilidad.

Lo anterior encuentra concordancia con lo expresado en la sentencia del 5 de Julio de 1996 con No. Radicación 3121/96 y Magistrado Ponente Rafael

---

<sup>23</sup> Sentencia T - 442 Corte Constitucional de Octubre 11 de 1994. M.P. Antonio Barrera

Romero, providencia que señala: “(...) Colombia de tiempo atrás ha enfatizado en la protección integral de la familia y los niños, con una larga evolución legislativa que sobretodo ha buscado construir unas relaciones familiares basadas en la dignificación de sus miembros, la igualdad, la responsabilidad, como está historiado en numerosos ordenamientos que se han expedido en el presente siglo”.

**1.4.3 La colocación familiar.** Esta medida de carácter provisional es muy similar a la custodia o cuidado personal, pero a diferencia de esta, quien asume el cuidado del menor no es un familiar sino un hogar sustituto.

Los hogares sustitutos son familias preparadas y capacitadas que en forma voluntaria y de manera transitoria comparten su hogar con un niño que requiera de cuidados especiales y afecto mientras se le define jurídicamente su situación. Los hogares sustitutos no reciben remuneración de tipo salarial, ni tienen vínculo laboral con el ICBF. En el momento que sumen el cuidado del menor quedan temporalmente con las obligaciones indicadas en el artículo 76 del Código del Menor. Estas obligaciones son la protección integral del menor, informar periódicamente al ICBF sobre el estado del menor y el cambio de residencia, solicitar permiso para ausentarse con el menor y entregarlo cuando el ICBF lo solicite. No pueden ejercer la función de familias sustitutas, personas que habitan por fuera del país. Mientras el menor permanece en colocación familiar los derechos en materia de alimentos que tiene el menor se subrogan en cabeza del ICBF y no en cabeza del hogar sustituto.

Esta medida de protección también debe ser decretada mediante un Acta que cumpla con los requisitos de forma previstos por el artículo 75 del C. del M. incluyendo el señalamiento del término de duración de la medida que deberá ser el menor tiempo posible y no podrá exceder de seis meses, salvo si se prorrogara por causa justificable. El Instituto de Bienestar Familiar

puede asignar un aporte mensual al hogar sustituto, con el fin de cubrir los gastos del menor. Esta asignación no presupone la existencia de derechos de tipo económico o laboral. Si a estas sumas se le dan un destino diferente se puede sancionar al hogar sustituto mediante una multa cuyo monto máximo es el doble del valor mensual asignado y la pérdida de su calidad de hogar sustituto, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que el incumplimiento de sus obligaciones pueda acarrear.

**1.4.4 La atención en un centro de protección especial.** La aplicación práctica de esta medida es de carácter residual y se presenta cuando no es posible aplicar otra de las medidas. El artículo 82 del Código del Menor la define claramente de la siguiente manera:

*“La atención integral al menor en un Centro de Protección Especial, es la medida por medio de la cual el Defensor de Familia ubica a un menor, en situación de abandono o peligro, en un Centro especializado, que tenga licencia de funcionamiento otorgado por el Instituto de Bienestar Familiar, cuando no sea posible la aplicación de alguna de las medidas señaladas en los artículos anteriores”.*<sup>24</sup>

Los centros de protección especial o instituciones acreditadas son entidades gubernamentales o no gubernamentales especializadas en la atención de los menores, con amplia trayectoria e instalaciones adecuadas, con los cuales el ICBF contrata la asignación de cupos para la atención de niños en procesos administrativos de protección o a la espera de la adopción. Esta medida se aplica especialmente cuando el menor necesita asistencia terapéutica por ciertas circunstancias de difícil manejo. Las circunstancias más comunes son la drogadicción, los menores víctimas del conflicto armado, los menores que

---

<sup>24</sup> Código del Menor, Artículo 82°

han roto vínculos con su familia y viven y subsisten en la calle y los niños infractores.

Los centros de protección deben asumir la protección integral del menor, satisfaciendo sus necesidades básicas y proporcionándole un ambiente adecuado que permita el desarrollo normal, tanto física como psicológicamente, incluyendo actividades como la educación y la formación o capacitación laboral. Sin importar si estos centros de atención sean públicos o privados, son vigiladas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en forma permanente y estricta mediante la práctica de visitas periódicas. Igualmente el Código del Menor, en el artículo 87, faculta al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a sancionar a los centros de protección especial, incluso con la clausura, cuando incumplan con la obligación de informar sobre el ingreso de un menor dentro de los ocho (8) días siguientes a su ingreso.

Si bien la existencia de esta medida es entendible, debe advertirse el peligro que presenta la institucionalización de los menores en situación irregular pues en este caso no se cumple con el objetivo del derecho de menores de lograr que la familia asuma su obligación de formar integralmente al niño. Igualmente las instituciones, sin importar su idoneidad, no pueden brindar las condiciones afectivas y emocionales propias de una familia por lo cual en el largo plazo se podrían generar más perjuicios que beneficios para el menor.

**1.4.5 La adopción.** Esta medida de protección es definitiva y consiste en establecer de manera irrevocable, una relación paterno – filial entre personas que no la tienen. Se trata de una decisión de tal trascendencia e impacto social y familiar que

*“...requiere (...), un celo excesivo en el procedimiento exigido por la ley para esos casos, mucho más, cuando la misma ley dispone que la declaración de abandono en que se disponga la medida de protección señalada, produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad del menor adoptable.”<sup>25</sup>*

Esta medida produce unos efectos trascendentales como son los siguientes:

- a) modifica el estado civil de las personas y crea una nueva relación entre el adoptante y el adoptado en la cual tanto el adoptante como el adoptado adquieren los derechos y obligaciones de padre e hijo respectivamente.
- b) da nacimiento a un parentesco civil entre el adoptado, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de este.
- c) propicia el cambio de los apellidos del adoptivo por los del adoptante y
- d) el adoptado deja de pertenecer por completo a su familia y se extingue todo vínculo o parentesco por consanguinidad (salvo si el adoptante es el cónyuge del padre o madre de sangre del adoptivo)

Por esta razón la adopción tiene una especial protección del Estado y por ese mismo motivo en el artículo 89 del Código del Menor se han establecido una serie de requisitos para adoptar que buscan la debida y adecuada protección del menor. Estos requisitos son de dos tipos:

- Según las cualidades del adoptante(s): Debe ser una persona capaz, mayor de 25 años de edad y debe garantizar una idoneidad física, mental, moral y social. Si los adoptantes son una pareja, ambos además de cumplir las anteriores calidades y además deben demostrar una convivencia mínimo de tres (3) años. Y si el adoptante es una persona casada y no separada de

---

<sup>25</sup> Sentencia T – 209 Corte Constitucional. Marzo 20 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

cuerpos, solo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, salvo si este es absolutamente incapaz.

- Según las cualidades del adoptado: Debe tener 15 años menos que el adoptante, salvo lo consagrado en el artículo 91 del código del Menor y que consiste en que el hijo de uno de los cónyuges podrá ser adoptado por el otro. Además en principio, el adoptado debe ser menor de 18 años; sin embargo esta regla tiene su excepción, debido a que el adoptado puede ser mayor de 18 años en el evento en el cual el adoptante haya tenido el cuidado del adoptado, antes que cumpliera esta edad.

La adopción es la única medida de protección definitiva al romper el antiguo lazo familiar que tenía el menor y crear uno nuevo. Por lo delicado de este tema, que implica una modificación en el estado civil de las personas, es necesario que además de los requisitos del adoptante(s) y adoptado, se cumplan previamente una serie de solemnidades para que la adopción tenga una validez jurídica: se requiere la declaratoria de situación de abandono o peligro por parte del Defensor de Familia o a falta de esta el consentimiento previo y libre de quienes ejercen la patria potestad. También se requiere el consentimiento del adoptado, en el caso que el menor sea púber y la sentencia judicial del Juez de Familia, la cual una vez quede en firme se inscribirá en el Registro del Estado Civil.

Las personas que tienen a cargo el cuidado y la crianza o educación del menor pueden oponerse a la resolución que autoriza la adopción dentro del mismo proceso administrativo de protección o dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que queda en firme la autorización. En ese tiempo pueden solicitar al defensor que se revise la decisión y presentar los argumentos por los cuales están en contra de ella. Esta presentación no tiene requisitos formales. El recurso se presenta ante el Defensor de Familia

y este debe enviar el proceso al Juez de Familia quién tiene 15 días para decidir mediante sentencia de Homologación.

La decisión del Juez puede ser de tres clases: a) total conformidad con la actuación del Defensor caso en el cual se entiende homologada la resolución, sin recurso alguno contra esta decisión b) considera que no se cumplieron los trámites de ley y devuelve la actuación al defensor para que subsane los errores o C) desestima completamente la actuación del Defensor.

**1.4.6 Otras medidas.** El Código del Menor deja abierta la puerta para que el Defensor de Familia aplique cualquier otro tipo de medida tendiente a asegurar el cuidado y la protección integral del menor. Ningún tratadista hace referencia a cuales podrían ser estas otras medidas, pero es entendible que corresponderán a los recursos con los que cuentan los defensores y al tipo de situación que se presente. Lo que si resulta claro es que la aplicación de cualquier otra medida debe ser acorde con los mandatos constitucionales y legales y debe estar encaminada a preservar el núcleo familiar, luego no puede implicar una sustracción del menor de su ambiente familiar. En este sentido se puede hablar entonces de medidas de tipo preventivo y orientador tales como la asistencia a cursos y capacitaciones, la orientación familiar y psicológica, el desarrollo de actividades que propendan por el desarrollo integral del menor, entre otras. Estas medidas no podrán significar que el defensor de familia se aparte de sus facultades legales, luego no pueden implicar penas económicas o sanciones de tipo cuasi-penal.

## **1.5 CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR**

Una vez descrita adecuadamente la doctrina de la situación irregular es necesario saber cuales son las críticas que se le hacen a esta construcción

jurídica. Las críticas a la doctrina de la situación irregular se enfocan en su desarrollo histórico y la forma como actualmente está consagrada en el Derecho de Menores. Las describiremos enfocándonos en la ley colombiana para poder asumir más adelante el estudio de la protección integral en nuestro país.

**1.5.1 Crítica al desarrollo histórico de la doctrina de la situación irregular en Colombia.** Los críticos argumentan que desde su nacimiento la doctrina de la situación irregular contribuyó a generar efectos adversos frente a la protección de los derechos de los menores. En efecto, como se dijo anteriormente las primeras legislaciones de menores en América Latina, incluida la colombiana, fueron creadas con el fin de cambiar el tratamiento carcelario que se le daba a los niños. Aunque estas legislaciones variaron sustancialmente el tratamiento legal del menor, los críticos sostienen que no representaron un verdadero avance en su protección en razón a que, si bien se cambiaron las condiciones carcelarias en las cuales se trataba al menor, no se cambió la forma en que la sociedad colombiana y los operadores jurídicos concebían al niño. Aunado a lo anterior, estas leyes no alcanzaron la materialización deseada (fueron muy pocos los Tribunales de Menores creados a partir de las primeras legislaciones de menores) debido principalmente a la disputa entre los gremios médico y jurídico al interior de los gobiernos latinoamericanos<sup>26</sup>.

Con el paso del tiempo (mediados de Siglo XX) la mayoría de los menores que se declaraban en situación irregular provenían de las clases sociales

---

<sup>26</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia adolescencia: de los Derechos y de la Justicia. México: UNICEF, Distribuciones Fontamara, 1999. Pág. 19 y 20. Este autor explica que la disputa entre los gremios médico y jurídico se presentó debido a que los profesionales de la medicina consideraban que las desviaciones de la conducta del menor se debían a anomalías genéticas o de origen hereditario y por esta razón un Juez de Menores no cumplía ningún papel en el intento de alterar la personalidad de un menor infractor. El gremio médico tenía fuerte poder político y haciendo uso de este poder se opuso con vehemencia a la creación de la jurisdicción de menores.

menos favorecidas. Debido a esto el Estado terminó por entregar a la jurisdicción y administración de menores la tarea de encargarse de los niños marginados o excluidos del desarrollo económico, de tal manera que estas instituciones se convirtieron en el último eslabón de la asistencia social para esta población. Entonces, las leyes de menores contribuyeron a dividir los niños en dos clases: por un lado aquellos que vivían en condiciones económicas estables y por lo tanto nunca eran declarados en situación irregular o nunca debían pasar por la experiencia de un orfanato o un hogar del estado y por otro lado, aquellos menores que no podían acceder a los bienes sociales, entraban en dinámicas de pobreza, y eran puestos en manos de las jurisdicciones o administraciones de menores en sitios tales como hogares de resguardo, orfanatos, etc., bajo la declaración de la situación irregular.

Los tratadistas Eduardo Gallardo y Gonzalo Berrios señalan que un elemento fundamental en esta dirección que tomó el modelo de situación irregular es el tratamiento indiferenciado que se hacía, por un lado, respecto de los menores infractores de la ley penal y, por otro, de aquellos que sólo se encontraban en una situación de abandono o riesgo social, de modo que resultaba irrelevante el motivo por el cual el menor llegaba ante la justicia y ante el sistema de bienestar, ya que las medidas que ésta adoptaba eran las mismas en uno u otro caso<sup>27</sup>.

De esta manera se podía desarrollar el Control Social de la delincuencia juvenil e infantil y al mismo tiempo tratar el problema de los menores en pobreza o indigencia, fundamentados en este precepto: *si son incapaces de comprender el alcance de sus actos, son peligrosos para la sociedad; como son peligrosos y no se controlan, hay que controlarlos.*

---

<sup>27</sup> GALLARDO FRÍAS, Eduardo. BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. Imputabilidad penal, Sanciones y Justicia en Jóvenes y Adolescentes. Parlamento latinoamericano Sesiones 2, 3 Y 4. Edición: Organización Iberoamericana de la Juventud. [www.oij.org/oij19.htm](http://www.oij.org/oij19.htm). Sao Paulo (Brasil) 1999. Pág. 4

**1.5.2 Crítica de la Situación Irregular en la legislación colombiana actual.** Actualmente solo dos países latinoamericanos (Venezuela y Brasil) han modificado su legislación de menores para adaptarla a la Doctrina de la Protección Integral. Las demás legislaciones siguen, en diferente medida, los lineamientos de la Doctrina de la Situación Irregular. La crítica a estas legislaciones gira en torno a tres fenómenos: la discrecionalidad-arbitrariedad, la semántica eufemística y la judicialización de la pobreza<sup>\*</sup>. Si bien es aplicable a toda la legislación, la crítica se ha enfocado en el tratamiento que se le da al menor infractor y ha hecho menos incidencia en las demás Situaciones Irregulares. A continuación describiremos estas tres críticas:

\* **La discrecionalidad-arbitrariedad.** Hace referencia a la amplitud y vaguedad de la normatividad de menores. La legislación de menores deja al fallador una gran capacidad de maniobra para determinar cuando un menor está en situación irregular y cual medida debe aplicársele. Tal amplitud es contradictoria con el principio de legalidad y propicia la impunidad, pues no permite saber con certeza cuando el fallador puede estar incurriendo en arbitrariedades por exceso o defecto en su función. Las arbitrariedades son más comunes de lo que puede pensarse pues en muchos eventos los operadores jurídicos no cuentan con los recursos presupuestales y técnicos suficientes, actúan en forma negligente o sus decisiones no se ajustan totalmente al sentido de la norma<sup>\*\*</sup>.

---

\* La clasificación es elaboración de los autores de esta monografía.

\*\* Dos ejemplos de este fenómeno: en la sentencia T-587 de 1998 la Corte Constitucional consideró que el ICBF había actuado arbitrariamente al negar una adopción bajo el insólito argumento de que la pareja que pretendía al niño ya había adoptado una niña algo mayor y el nuevo adoptado le quitaría a esta niña su calidad de primogénita. En sentencia T-209 de 2002 la Corte Constitucional descubrió varias arbitrariedades en la declaración de abandono y posterior adopción de un menor de edad y ordenó al ICBF implementar un plan operativo y administrativo con miras a prever estas irregularidades en otros procesos. Además la Corte solicitó la apertura de investigación disciplinaria a tres funcionarias del ICBF, la Procuraduría y una Personería respectivamente.

La discrecionalidad-arbitrariedad también se presenta en la indeterminación del alcance de las medidas de protección. La mayoría de ellas señalan el traslado del menor de su hogar original a otra familia, pero deja un margen con respecto al tiempo de la medida, señalado por el cambio en los hechos que dieron origen a que se decretara, lo que hace temer a los doctrinantes sobre la posibilidad de que se exceda este término afectando al desarrollo integral del menor.

\* **La Semántica eufemística.** Hace referencia a la naturaleza jurídica de las medidas de protección. No obstante estar fundadas en un discurso terapéutico y sociológico, las medidas de protección apuntan al traslado del menor de su contexto social y su reclusión en ambientes ajenos a su lugar natural. Se considera una reclusión por cuanto el menor termina marginado de su entorno social contra su voluntad y debido principalmente a la incapacidad de la sociedad para llevar las condiciones de mejoramiento o resocialización directamente a su hogar. En este sentido sostiene Antonio Do Amaral que las medidas con las cuales se conjuran las situaciones irregulares son realmente:

*“...penas indeterminadas, impuestas subjetivamente sin garantías objetivas, como por ejemplo, las garantías de legalidad y proporcionalidad”<sup>28</sup>*

Los críticos llaman a este fenómeno el *fraude de etiquetas* pues se habla de resocializar al menor pero se aplica una penalización sin garantías.

\* **La Judicialización de la pobreza.** Se presenta por el fenómeno de la división social infantil sostenido en la teoría del *menor supuestamente*

---

<sup>28</sup> DO AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la Doctrina de la Situación Irregular”. En *www.equiponizkor.org* Pág. 3. En este caso el autor se refiere a las medidas contra “menores infractores” pero el análisis puede extenderse a todas las medidas de protección.

*abandonado*. Como se mencionó en el capítulo anterior, la legislación de menores prescribe que este puede ser declarado en estado de abandono por la falta de recursos económicos de los padres o tutores para su sostenimiento. Emilio García Méndez señala que:

*“El término **menor supuestamente abandonado** hace referencia a la inexistencia de disposiciones jurídicas que prohíban la declaración judicial de Estado de Abandono por simples motivos de carencia de recursos materiales.”* (negritas fuera del texto)<sup>29</sup>

La declaración de abandono por simple carencia de recursos materiales no es aceptable por cuanto el estado de abandono es una situación extraordinaria en la cual el menor queda por fuera de la regularidad jurídica debido a la vulneración de sus derechos. La falta de recursos materiales por su parte es una situación que se origina en fenómenos y condiciones socio-económicas.

Por eso, considerar la falta de recursos como una clase de estado de abandono es atribuirle carácter jurídico-patológico a un fenómeno económico, político y social como lo es la pobreza; es intentar solucionar con la administración de Justicia y específicamente en la Jurisdicción de Menores algo que solo puede solucionarse por medio de políticas públicas y un compromiso social. No es coherente pensar que en nuestro país, donde más del 20% de la población se encuentra en la indigencia, se atienda a los menores de 18 años que viven sin los recursos suficientes para la satisfacción de sus necesidades básicas, mediante los limitados mecanismos que ofrece el Código del Menor.

---

<sup>29</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Op. Cit. Pág. 18

Una vez hemos visto los aspectos fundamentales de la doctrina de la situación irregular, hemos profundizado el estudio de la declaración de abandono o peligro y hemos estudiado las críticas que actualmente se le realizan, pasaremos a estudiar las características esenciales de la doctrina de la protección integral y los principios que la sustentan.

## 2. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

### 2.1 INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo haremos una descripción de la doctrina de la protección integral. Esta doctrina se encuentra plasmada en nuestra Constitución Nacional (artículos 5, 16, 42, 44, 45, 46, 48 y 50 principalmente) y en varios instrumentos internacionales, especialmente la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1959, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas de Beijing para la administración de Justicia Juvenil de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de Jóvenes Privados de la Libertad de 1990 y las Directrices de Riad para la prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990. Se trata de una doctrina de muy reciente creación y sus alcances en la modificación de los paradigmas jurídicos vigentes aún están comenzando a desarrollarse\*. Su nacimiento se debió a un fuerte movimiento de crítica al desarrollo de la doctrina de la situación irregular en varios países. Por esta razón su enfoque es primero crítico y después constructivo.

Para este capítulo acudiremos a tres fuentes que tratan el tema: (1) los estudios que han sido desarrollados por un importante grupo de juristas e investigadores\*\*, en los cuales da gran trascendencia a la crítica de la doctrina de la Situación Irregular; (2) la legislación sobre Protección Integral

---

\* La Convención sobre los Derechos del Niño, principal fuente para entender la Doctrina de la Protección Integral, fue promulgada el 20 de noviembre de 1989 y en 1995 alcanzó la cifra de 185 ratificaciones.

\*\* Entre los cuales destacan Elías Carranza, Mary Beloff, María del Carmen Bianchi y Emilio García Méndez (algunos de ellos agrupados en torno a la UNICEF). Igualmente son importantes los aportes hechos por una corriente de jueces y abogados de Brasil y Venezuela, únicos países latinoamericanos que han transformado sus legislaciones de Menores hacia los postulados de la Protección Integral

(instrumentos internacionales y nacionales promulgados en materia de protección de los Derechos del Niño); (3) y pronunciamientos de la Corte Constitucional. El estudio de la Protección Integral es indispensable en nuestra investigación para clarificar los principios que fundamentan el derecho de menores colombiano y entender por que teóricamente se considera que la figura de la declaración de abandono o peligro y la doctrina de la situación irregular en general no son aptas para promover estos principios. Es decir que el presente capítulo será el que nos brinde las herramientas necesarias para analizar los datos recogidos en la observación del proceso administrativo de protección.

## **2.2 DESCRIPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

La doctrina de la Protección Integral nació del interés de la comunidad jurídica y política internacional por resolver los inconvenientes que presentaba la aplicación de la doctrina de la Situación Irregular. No obstante haberse discutido en muchos espacios, entre los teóricos de la protección integral no encontramos, en nuestro sentir, una definición que la describa adecuadamente. En el presente capítulo construiremos una definición propia de la doctrina de la Protección Integral a través del análisis de las definiciones recogidas de otros autores y de sus características principales.

**2.2.1 Concepto.** Para Emilio García Méndez, cuando se habla de protección integral se está hablando de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que han presentado un cambio cualitativo en la concepción social de la infancia<sup>30</sup>. Estos instrumentos son la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing para la administración de Justicia Juvenil, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la

---

<sup>30</sup> GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Op. Cit Pág. 77

protección de Jóvenes Privados de la Libertad y las Directrices de Riad para la prevención de la Delincuencia Juvenil. Definir de esta manera la Protección Integral tiene un sentido práctico y normativo, pero no da razón del contenido, la naturaleza y características de la Doctrina.

Eduardo Domenech señala que la doctrina de la Protección Integral es una doctrina creada para asegurar todos los Derechos Humanos para todos los niños resaltando con esto que se presenta una ampliación del conjunto de derechos protegidos y que la doctrina es de carácter humanista<sup>31</sup>.

La UNICEF señala en un documento guía para la planeación de acciones a favor de la protección de los niños<sup>32</sup> que la doctrina de la Protección Integral es un marco *jurídico y ético* que permite formular programas de acción dedicados a los niños. En este sentido resalta el carácter programático y el componente político de esta teoría.

Antonio Do Amaral e Silva no define como tal la doctrina pero hace énfasis en que esta doctrina implica una disminución de la discrecionalidad en las decisiones de los jueces de menores (y en nuestro caso en los Defensores de Familia)<sup>33</sup>

Aparte estas consideraciones, la mayoría de los doctrinantes señalados coinciden en afirmar que la principal característica de la protección integral es la transformación del menor como objeto de compasión-represión, al infante-adolescente como sujeto pleno de derechos. De esta consideración deducen que se trata de una construcción jurídica diseñada para cobijar a todos los

---

<sup>31</sup> DOMÉNECH, Eduardo y otros. Las Reglas de la Detención en Menores (Ponencia). Edición U.N.L.P. en <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/externos/sitioidn1/r1ponenciasreglas.htm>. 2003 Pág. 1

<sup>32</sup> UNICEF. La convención sobre los Derechos del Niño y Preguntas frecuentes sobre la Convención de los Derechos del Niño. en. [www.unicef.org](http://www.unicef.org). 2004

<sup>33</sup> DO AMARAL E SILVA, Antonio. Op. Cit. Pág. 1

infantes-adolescente y no solamente al menor abandonado o delincuente y que se está hablando al mismo tiempo de una norma jurídica en sentido estricto y de un programa político en sentido amplio. Igualmente destacan que la Convención sobre los Derechos del Niño como eje rector de esta doctrina.

**2.2.2 Características.** La doctrina de la Protección Integral tiene tres características fundamentales, a través de las cuales puede entenderse su especial carácter: la consideración del niño como sujeto pleno de derechos, el carácter programático de la doctrina y la prevalencia del interés superior del menor. Entraremos a analizar más detenidamente el significado de estas características.

\* **El niño como sujeto pleno de Derechos.** La consideración del niño como sujeto pleno de derechos es una respuesta a la doctrina de la Situación Irregular que considera al niño como “menor” con necesidad de tutela y protección\*. Para entender este postulado es necesario señalar que, en principio, la legislación colombiana de menores no niega al niño su calidad de sujeto de derechos. La doctrina colombiana ubica el concepto de *sujeto de derechos* dentro del aspecto interno del derecho subjetivo<sup>34</sup>. Todos los individuos humanos cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición tienen titularidad de un mínimo de derechos. Es decir que cualquier colombiano (incluidos los niños) es sujeto de derechos (Art. 74 C. C.). Lo que varía es la capacidad de la persona que puede ser de dos especies<sup>35</sup>: *de*

---

\* Los teóricos de la Protección Integral consideran que es necesario cambiar el vocablo “menor”, por las palabras *niño* o *infante-adolescente*, como una manera de combatir los elementos simbólicos peyorativos y eufemísticos del lenguaje que usan las legislaciones diferenciadas de menores. No obstante en Colombia la denominación de “menor de edad” sigue vigente por lo cual nos apegaremos a esta decisión del legislador.

<sup>34</sup> ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Derecho Civil, Tomo 1: Parte General y Personas. Editorial Temis, Bogotá, 1998. Pág. 74

<sup>35</sup> *Ibid.* Pág. 80.

*derecho o de goce* (capacidad que se tiene por el solo hecho de haber nacido) y capacidad de *ejercicio o de voluntad* (Art. 1504 C. C.) La razón de esta distinción estriba en que para ser capaz no basta con la capacidad jurídica sino que además es necesario tener conocimiento y voluntad, y puesto que estas cualidades no las tiene todas las personas en el mismo grado tampoco gozarían de la misma capacidad de obrar.<sup>36</sup> Ahora bien, en Colombia los niños en su totalidad tienen capacidad de goce, pero su capacidad de ejercicio es restringida. Esta restricción es la manifestación de la teoría de la Incapacidad del niño (relativa o absoluta). En su desarrollo histórico la teoría de la incapacidad del niño se ha profundizado, abriendo la puerta para que al menor se le limiten los espacios de ejercicio de los derechos. Como lo señala la Corte Constitucional:

*“En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida...”*<sup>37</sup>

La teoría de la incapacidad absoluta también ha permitido que existan derechos sin garantías para los niños. Por ejemplo la Constitución asegura que todo niño tiene derecho a la participación, pero si este participa ninguna entidad pública está obligada a escucharlo, los adultos pueden decidir sobre su futuro sin contar con su opinión, las políticas sobre niños no incluyen estudios que reflejen la opinión del menor, etc.\*. La consideración del menor como sujeto pleno de derechos busca generar herramientas jurídicas y políticas que le permitan al niño ejercer personalmente sus derechos y sobre

---

<sup>36</sup> V.V.A.A. Fundación Tomás Moro. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa, Madrid, 1999. Pág. 135

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

\* La acción de tutela ha servido para modificar en gran medida este fenómeno.

todo que comprometan a la sociedad en la tarea de garantizarlos. Es decir que el niño sale de la tutela absoluta de los padres para emerger a lo público y sus derechos adquieren centralidad. El desarrollo de una legislación acorde con el postulado de niño como sujeto de derechos implicaría necesariamente que *no existen menores en situación irregular y menores en situación regular*. Todos los menores se encuentran en igual situación ante el Estado y ante la sociedad y cualquier acción o intervención estatal debe aplicarse con carácter de universalidad e igualdad.

\* **El interés superior del niño.** El concepto de interés superior del niño se encuentra consagrado tanto en la normatividad internacional como en la Constitución Política y en el Código del Menor colombiano. Más que un precepto se trata de un parámetro de interpretación de la ley de acuerdo con el cual deben orientarse todas las acciones jurídicas y no jurídicas que afecten a los menores. Esto implica que incluso decisiones de orden nacional o regional (leyes o actos administrativos) pueden ser impugnados por inconstitucionalidad o ilegalidad si afectan adversamente este interés.

Por esta razón Cecilia Grossman señala que el interés superior del niño introduce una autolimitación del legislativo en cuanto se deja en manos del operador jurídico la selección de las consideraciones para la aplicación e interpretación de la ley, ofreciendo un espacio al juez o funcionario público para llegar incluso a inaplicar el sentido textual de una disposición normativa si esta contradice el mencionado interés superior<sup>38</sup> de manera similar a lo que ocurre con la figura de la excepción de inconstitucionalidad. El concepto de “interés superior del niño” estará condicionado por el contenido social del concepto de niño y por la pregunta sobre lo que es beneficioso para él. Como lo señalan Cecilia Grossman e Irene Martínez:

---

<sup>38</sup> V.V.A.A. GROSSMAN, Cecilia (directora). El Interés superior del Niño. *En*: Los Derechos del Niño en la Familia: discurso y realidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

*“Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales<sup>39</sup>”*

El operador jurídico atenderá muy seguramente a los usos y costumbres propios del medio social en el cual fue educado y en el cual se desenvuelve el infante. Lo anterior no implica que se esté elevando a la categoría de principio de interpretación del derecho la opinión del operador jurídico. Pero si implica que debe tenerse presente el respeto por la diversidad cultural como lo ordena la Carta Política, tomando en cuenta que es deber del juez hacer respetar los derechos de los niños incluso cuando esto genere una intervención directa sobre la cultura de la cual proviene el menor. La Corte Constitucional considera que el interés superior del menor se caracteriza por ser:

*- Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;*

*- Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos;*

*- Un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor;*

---

<sup>39</sup> GROSSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles y responsabilidades del padre o madre afín. En: Revista “Jurídica Actual.” número III, Buenos Aires, Pág. 874, 1995.

- *La garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.*<sup>40</sup>

El alcance de la figura del Interés Superior del Menor es de tal medida que el alto tribunal constitucional en las sentencias T- T-165 de 1995, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, T-75 de 1996, MP: Carlos Gaviria Díaz, SU-819 de 1999, MP: Alvaro Tafur Galvis, SU-043 de 1995, MP: Fabio Morón Díaz, T-153 de 2000, MP: José Gregorio Hernández Galindo y T-355 de 2001 decidió inaplicar leyes del régimen de Seguridad Social en aras de la protección del mencionado Interés.

**\* El carácter programático de la Doctrina de la Protección Integral.** Como señala la UNICEF<sup>41</sup>, la protección integral ofrecen un marco ético y jurídico común para formular un programa a favor de los niños. El concepto del marco ético y jurídico como programa de acción responde a un nuevo proceso de revalorización del derecho. La revalorización del derecho, comenta Ludwig Guendel apunta a que el derecho, como mecanismo de integración social, contribuye a la internalización de un tipo específico de cultura (la cultura democrática).<sup>42</sup>

Esto solo es posible si el derecho supera la categoría de norma coactiva para incidir en el espacio de las políticas públicas.

Así, la doctrina de la Protección Integral no solo es un instrumento jurídico, sino que es también un instrumento político. Este fenómeno está muy claro en el compromiso asumido por los estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño se extiende desde la consagración de la protección

---

<sup>40</sup> Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>41</sup> UNICEF. La convención sobre los Derechos del Niño y Preguntas frecuentes sobre la Convención de los Derechos del Niño. en. [www.unicef.org](http://www.unicef.org) . 2004

<sup>42</sup> GUENDEL GONZÁLES, Ludwig. Políticas públicas y derechos humanos. Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Costa Rica, Año XLIII, N° 97, III-2002. Pág. 112

integral en la ley, hasta la interiorización y aplicación de los principios de protección al niño en programas y proyectos estatales.

La Convención de los Derechos del Niño consagra un conjunto de obligaciones en cabeza del legislativo y ejecutivo nacional. El artículo 3 de la Convención señala que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben atender al interés superior del niño. En el numeral tercero de mismo artículo y en el artículo 4 de la convención señalan que los Estados partes adoptarán todas las medidas necesarias (incluyendo las legislativas) para dar efectividad a los derechos reconocidos. Igualmente, los estados parte deben dar cuenta del cumplimiento de la convención ante un Comité de los Derechos del Niño adscrito a la ONU según se prescribe en el artículo 43 de la norma internacional. Los informes presentados ante este comité deben evaluar la política pública en materia de infantes-adolescentes (programas, proyectos, inversiones presupuestales, etc.).

La concepción de la doctrina de la Protección Integral como programa político también implica que las “situaciones irregulares” y cualquier situación de vulneración de los derechos de los infantes-adolescentes sean objeto de políticas públicas al tiempo que son tratadas jurídicamente. El Estado deberá desplegar una actividad encaminada a encontrar soluciones estructurales a problemas como el menor trabajador, la violencia intrafamiliar y el menor víctima del conflicto armado entre otros. Igualmente deberá impulsar la creación de espacios de participación del menor en las decisiones locales, regionales y nacionales.

**2.2.3 Definición de la doctrina de la Protección Integral.** Vistas las anteriores características puede entrarse a definir la doctrina de la Protección Integral como *una teoría jurídica y un programa político establecido en una*

*serie de instrumentos internacionales, que busca direccionar las formas de pensar y actuar de la sociedad y el Estado, hacia el reconocimiento de todos los niños como sujetos pleno de derechos y hacia la búsqueda del interés superior del niño en todos los actos sociales e institucionales.*

## **2.3 LOS PRINCIPIOS DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

**2.3.1 Los principios en la Constitución de 1991.** La protección integral en Colombia se encuentra reconocida en la Carta Política, artículos 44 y 45. Igualmente hace parte del “sistema de protección de familia”, reconocido por la Corte Constitucional y basado en los artículos 5°, 42, 43, 44, 45 y 46 de Carta Política. En el artículo 44 se señalan en forma enunciativa los derechos de los niños, con miras a lograr que en su modo de existencia y desarrollo físico y psíquico en el ambiente familiar y social se cumplan los principios y valores reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Una desagregación del contenido normativo de dicha disposición permite establecer sus derechos de la siguiente manera:

- Se reconocen, entre otros, como derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

- Se protege a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

- Tienen los niños los demás derechos que la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia, reconocen a todas las personas.

- Es deber de la familia, la sociedad y el Estado, asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. La efectividad de esos derechos, justifica una especie de acción pública en cabeza de cualquier persona, para "exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores".

- Como complemento del estatuto protector del Constituyente y para hacer efectivos materialmente los derechos de los niños, la Carta Política declara, a modo de mandato dirigido a los operadores jurídicos que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, con lo cual se manifiesta la entonación con que el Constituyente quiso realzar la importancia de los derechos de los menores.

La Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas la T- 422 de 1994 y T-582 de 2000 ha reconocido el llamado "sistema de protección de familia" que comprende todos los elementos señalados anteriormente.

**2.3.2 Los principios en la Ley 12 de 1991.** Los derechos establecidos en la Ley 12 de 1991 que aprueba la Convención Para la Protección de los Derechos del Niño han sido clasificados en tres grupos tomando en cuenta los principios rectores de dicha convención. Así, encontramos los derechos que tienen que ver con la no-discriminación, los que tienen que ver con la supervivencia y el desarrollo y los que tienen que ver con la participación.

Los tres principios rectores están atravesados por el postulado de la dignidad humana que por primera vez es reconocido jurídicamente para los niños (Preámbulo, artículos 23, 28, 37, 39 y 40). Los derechos consagrados en la

Convención son de carácter indivisible, entre estos derechos no hay jerarquías, no se aplican a grupos parciales de niños, y las decisiones y acciones relacionadas con unos deben examinarse a la luz de otros en un estudio sistemático. Como se ha recalcado toda interpretación debe hacerse tomando en cuenta el interés superior del niño. En este apartado presentaremos las consideraciones esenciales sobre estos principios.

\* **Principio de la Supervivencia y el Desarrollo.** La Convención y los demás tratados internacionales sobre derechos del niño hacen referencia a la supervivencia y el desarrollo del niño. La *supervivencia* se refiere directamente a la *vida* como tal y a las condiciones en que esta se desarrolla.

María Salazar señala que la vida y la supervivencia del niño están definidas en la Convención de Derechos del Niño en términos de la *vida digna* y no como simple subsistencia biológica. Como consecuencia, el valor de la vida digna solo es posible mediante la consecución de la *libertad* como finalidad de la autonomía personal del niño. Es decir, se considera al niño como sujeto activo de su proceso histórico, protagonista de sus derechos y sujeto de participación<sup>43</sup>. Al respecto Alessandro Baratta sostiene que la libertad es la posibilidad de que el niño se forme y exprese su propia opinión de la vida y su entorno y a que esta expresión sea escuchada y tenida en cuenta por los adultos<sup>44</sup>. Mientras el niño no alcance esta libertad, no se puede hablar de una garantía completa de la vida.

La supervivencia como principio irradia todos los derechos consagrados en la convención y está mencionada expresamente en el artículo 6 de la Convención. Hace referencia directa a derechos como la protección del

---

<sup>43</sup> SALAZAR, María Cristina. El derecho a la supervivencia y a la participación de Niños, niñas y jóvenes en la construcción de la democracia. *en*: "Primer Congreso Universitario. derechos de la Niñez y la Juventud. UNICEF, Bogotá, 2001. Pág. 131 y ss.

<sup>44</sup> BARATTA, Alessandro. Participación y democracia. Ariel Derecho, Madrid, 2001. Pág. 137

refugiado o el que se considerado refugiado (artículo 22), la protección del niño con limitaciones (artículo 23), el derecho del niño a la salud y los servicios de seguridad social (artículos 24 y 26), la protección contra la explotación económica (artículo 32), la aplicación del derecho internacional humanitario en los niños en conflicto (artículo 38) entre otros.

A la supervivencia se agrega el derecho al *desarrollo* del niño, entendido en el sentido lato como el derecho del niño a no estancarse, a avanzar en su conformación y en su formación incluidos los aspectos físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27 de la Convención). El derecho del niño al desarrollo abarca tanto los derechos a la supervivencia, como el derecho a una educación adecuada (artículo 28), el derecho a la participación, el derecho a la identidad y a conformar minorías étnicas (artículo 30) y al descanso y esparcimiento (artículo 31), entre otros. En un contexto como el colombiano la vulneración al derecho a la supervivencia y al desarrollo tienen importantes y preocupantes dimensiones. Como se señala en el tercer informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia:

*“Los niños y las niñas colombianos sufren los rigores de la injusticia social que se traduce en la falta de acceso a condiciones mínimas de supervivencia, como la adecuada alimentación, salud, vivienda, así como condiciones que garanticen el desarrollo integral, tales como el ejercicio del derecho a la educación, la recreación y la cultura y por el contrario se ven sometidos a una dura explotación laboral. Pero lo más preocupante de la situación de la niñez colombiana es que el mismo derecho a la vida y a la integridad personal está siendo frecuentemente violado...”<sup>45</sup>”*

---

<sup>45</sup> Organización de Estados Americanos. Capítulo XIII. Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102,doc.9 rev. 1

Para nuestro interés será importante tratar de determinar si en el proceso de administrativo de protección llevado a cabo por los Defensores de Familia se contribuye o no a conjurar parte o todos los peligros que afectan la vida y el desarrollo del niño.

\* **Principio de la no-discriminación.** El principio está establecido en el artículo 2 numeral 2 de la Convención. En este precepto se señala que los Estados deberán tomar todas las medidas necesarias para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación por causa de su condición, actividades o creencias o las de sus padres, tutores o similares. Entre los derechos a la no-discriminación encontramos el derecho al nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares consagrado en el artículo 7 y 8 de la convención. Igualmente el derecho a expresar libremente las opiniones, el derecho a la libertad de conciencia y de religión (artículo 14) y el derecho a la no-injerencia ni ataques contra la privacidad, honra o reputación del niño (artículo 16). La convención establece una obligación especial en cabeza de los medios de comunicación que incluye el no difundir información que contribuya a la discriminación de cualquier orden (artículo 17). En igual medida es importante la protección de la discriminación del menor impedido o discapacitado (artículo 23).

El análisis de las vulneraciones al principio de no-discriminación está ausente de los informes presentados tanto al Comité de Derechos del Niño de la ONU, como al Comité de Derechos Humanos de la OEA por parte del Estado colombiano a excepción del informe sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial que presenta el Gobierno Colombiano a la ONU, informe que no consulta fenómenos como la discriminación en las escuelas y colegios por causa de las preferencias sexuales o religiosas, de la discriminación ha personas de bajos recursos, etc. La academia colombiana se encuentra en mora de realizar una evaluación de la discriminación

originada en fenómenos de pobreza que genera efectos tales como la mal llamada “limpieza social”, el trabajo informal de niños, entre otros. En el siguiente capítulo se tratará de determinar si las declaraciones de estado de abandono o de peligro contemplan situaciones relacionadas con el principio de la no-discriminación

\* **Principio de la participación.** El principio de la participación se encuentra consagrado expresamente en el artículo 12 de la Convención. Consideran los doctrinantes que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es un documento para construir democracia y tiene el carácter de herramienta pedagógica para la promoción de una cultura participativa. El profesor Baratta ha señalado que el futuro de la democracia depende del reconocimiento de los niños y jóvenes no como ciudadanos venideros, sino como ciudadanos plenos<sup>46</sup>. Los espacios de participación real que el niño o el joven tengan en las instancias de decisión social y comunitaria serán garantía de que estos se reconozcan como parte de un sistema democrático y actúen en conformidad con ello.

La participación está indisolublemente ligada al derecho a la libre expresión y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 13, 14 y 16 de la convención) a la obligación de los estados de democratizar las estructuras comunicativas tales como radio, televisión y prensa (artículo 17) y la obligación de crear formas de participación del niño y el joven en los espacios de decisión política. Además de las obligaciones en cabeza del Estado, la convención señala la obligación de los adultos de escuchar al niño en el entorno familiar y comunitario. El alcance que puede tener la participación de niños y jóvenes será de acuerdo al estado de desarrollo en que se encuentren (artículo 12 de la Convención). En Colombia existen para el caso de los jóvenes dos estructuras participativas específicas: las Personerías Estudiantiles y los

---

<sup>46</sup> BARATTA, Alessandro. Op. Cit. Pág..

Consejos Municipales de Juventud. Ambas estructuras tienen carácter representativo, con voz pero sin voto. Los niños por su parte no cuentan con estructuras específicas de participación exceptuando la obligación legal de los Defensores de Familia de escucharlos antes de tomar una decisión en torno a una medida de protección, prescrita en el artículo 38 del Código del Menor.

### **3. LA SITUACIÓN DE ABANDONO FRENTE A LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

#### **3.1 PRESENTACIÓN**

El presente capítulo está dividido en tres partes. En la primera parte se presentará una descripción del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Esta descripción se hace con el fin de ubicar orgánica, territorial y estructuralmente la entidad en la cual se realizó la observación del proceso administrativo de protección. En la siguiente parte se hará un análisis de la situación irregular de acuerdo a como es llevada a la práctica por parte del ICBF en la ciudad de Bucaramanga, enfocándonos en la situación de abandono o peligro. Para esto se acudirá a las estadísticas locales, entrevistas a funcionarios de la Regional Santander del ICBF y a diferentes miembros del equipo interdisciplinario que laboran en el Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento. Debido a la especial protección del derecho a la Intimidad del menor no se puede tener acceso directo a los expedientes de los menores objeto de medidas de protección. En la tercera parte se hará un paralelo entre la aplicación práctica de la declaración abandono o peligro físico o moral y los postulados de la protección integral para poder determinar si las medidas de protección que se le aplican al menor en Abandono responden a los postulados de la protección integral, tomando en cuenta principalmente los datos recabados en las entrevistas y en la observación del proceso administrativo de protección.

Antes de desarrollar el contenido de este capítulo debemos tener presente que los teóricos de la protección integral consideran una contradicción

combinar esta doctrina con la doctrina de la situación irregular, por las razones expuestas en los capítulos anteriores. No obstante Colombia ha optado por una convivencia de los dos sistemas, en la cual los principios de nuestro Derecho de Menores se guían a la doctrina de la Protección Integral y los Tratados Internacionales, pero la práctica jurídica se rige por la situación irregular, mediante lo dispuesto en el Código del Menor.

Por eso el objetivo de este capítulo es tratar de determinar si mediante la principal figura de la situación irregular como es la declaración de abandono o peligro se puede cumplir cabalmente con los objetivos de la doctrina de la Protección Integral y de esta manera cumplir con los principios del Derecho de Menores colombiano. De esta manera se tratará de dar respuesta al problema jurídico que guía esta monografía.

### **3.2 EL SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR (SNBF)**

**3.2.1 Ubicación del SNBF en el Derecho de Menores.** Como señalamos en el primer capítulo en Colombia se han expedido desde 1920 numerosas disposiciones entre Leyes y Decretos que regulan directamente todos los aspectos concernientes a los menores. Pero el actual sistema de protección al menor se inició en nuestro país con la promulgación de la ley 75 de 1968 que creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, seguida de la ley 7 de 1979 que diseñó los aspectos generales del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Las anteriores legislaciones sufrieron una importante reinterpretación a la luz de la expedición de la Constitución de 1991; desde esta fecha se empezó a hablar en Colombia de la doctrina de la Protección Integral y se han expedido leyes para regular algunos aspectos que tienen que ver con temas tales como la reglamentación de la edad para prestar el servicio militar obligatorio

(D. 2541 de 1998) o la creación de un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores (L. 679 de 2001). Haciendo una revisión de las normas señaladas en el capítulo 1 y conforme al andamiaje de la estructura jurídica del derecho de menores puede verse que en nuestro país las funciones de la protección del menor recaen en dos tipos de instancias: las instancias judiciales y las instancias administrativas.

Las instancias judiciales están representadas por los Juzgados de Familia y los Juzgados de Menores quienes se encargan entre otras funciones de la protección de los menores infractores y de la homologación de las adopciones. Las instancias administrativas están coordinadas en torno al Sistema Nacional de Bienestar Familiar y a ellas le corresponde el ejercicio de las acciones de prevención, promoción y protección de los derechos del menor, incluyendo tanto la declaración de las situaciones irregulares como el desarrollo de los programas de protección integral. Pasaremos entonces a describir el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

**3.2.2 Estructura del SNBF.** El Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF) es el sistema administrativo conformado por los organismos, instituciones, agencias o entidades públicas o privadas que de acuerdo con su objeto de constitución estén autorizadas para prestar el servicio público de Bienestar Familiar, entendido este como el servicio público a cargo del Estado a través del cual se garantiza el fortalecimiento de la familia y la protección del niño (artículo 12 L. 7 de 1979).

Legalmente el SNBF está conformado por el Ministerio de la Protección Social, el ICBF, los departamentos, distritos y municipios, las comunidades organizadas, los particulares en cuanto presten el servicio de bienestar familiar (legalmente autorizados) y las demás entidades o instituciones

públicas o privadas que están llamadas a prestar el servicio de bienestar familiar de acuerdo con la ley o su reglamento. Estas instituciones se clasifican en adscritas, vinculadas y propias:

- Son instituciones adscritas las de derecho público creadas o autorizadas por ley, ordenanzas o acuerdos.
- Son instituciones vinculadas las entidades sin ánimo de lucro de carácter privado.
- Son instituciones propias aquellas que funcionan con la financiación exclusiva del ICBF y/o de los municipios, distritos y departamentos.
- Además de las anteriores también son integrantes del SNBF las Cajas de Compensación Familiar y las Comisarías de Familia.

**3.2.3 Fines del SNBF.** Los fines para los cuales fue creado el SNBF según el Artículo 13 de la ley 7 de 1979 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.

Aparte de estos fines legales, en el documento “Sistema Nacional de Bienestar Familiar” elaborado por el ICBF, se consagran de manera más completa cinco fines del SNBF, que son:

- **Prestar** el servicio público de bienestar familiar.

- **Articular** las acciones de las instituciones que por su objeto de constitución, por ley o reglamento integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar
  
- **Impulsar** la presencia dinámica de la comunidad para el logro de sus fines
  
- **Coordinar** e integrar el conjunto de las funciones, competencias e interrelaciones de las entidades públicas y privadas que adelantan políticas, programas y proyectos para garantizar la protección y el desarrollo de la niñez y la adolescencia y fortalecimiento de la familia.
  
- **Promover** las iniciativas de la sociedad civil para la creación de nuevos modelos en la prestación del servicio.

En el mismo documento se enumeran como principios del SNBF la participación social, la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado y la descentralización<sup>47</sup>. La institución encargada de coordinar el SNBF es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Como tal el ICBF propone e implementa políticas sobre la niñez y presta asesoría y asistencia técnica y socio-legal a las comunidades y a las organizaciones públicas y privadas del orden nacional y territorial.

### **3.3 El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

**3.3.1 Estructura del ICBF.** El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyos fines esenciales son los de proveer a la protección del menor y en general al mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas, según lo dicta el artículo 53 de la ley 75 de 1968.

---

<sup>47</sup>ICBF. “Sistema Nacional de Bienestar Familiar”. en: [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co), Bogotá, 2004

La junta directiva nacional del ICBF está presidida por la primera dama de la Nación, pero el instituto es administrado por un Director General elegido por nombramiento de la Junta. El Instituto cuenta en todo el territorio nacional con 25 regionales y 8 agencias. Cada regional a su vez tiene una sede administrativa y varias Zonas de atención en los cuales operan uno o varios Centros Zonales. Los centros zonales cuentan con un coordinador y varios funcionarios entre abogados, trabajadores sociales, psicólogos, pedagogos y nutricionistas, encargados de tratar la problemática de los usuarios que acuden al centro. Cuando el centro zonal ejerce acciones de protección cuenta al menos con un Defensor de Familia.

Los centros zonales a su vez están divididos de acuerdo a una clasificación interna del trabajo. Así encontramos:

- Centros zonales que realizan acciones de prevención: desarrollan los programas para la prevención de los factores de riesgo social en los menores y sus familias, así como también verifican la vulneración de los derechos del menor y el posible acaecimiento de Situaciones Irregulares.
  
- Centros zonales que realizan acciones de protección: adelantan los procesos de declaración de situaciones irregulares y decretan la aplicación de medidas de protección u otro tipo de atenciones.

**3.3.2 Funciones del ICBF.** El artículo 21 de la ley 7 de 1979 señaló 21 funciones al instituto entre las cuales están la formación de personal especializado en protección del menor, la creación y/o supervisión de establecimientos especializados en menores, la presentación al Congreso de proyectos de ley relacionados con el tema de menores, el desarrollo de los programas de adopción, la investigación y evaluación de los problemas en este ramo de la inversión social y la recuperación, administración y manejo

productivo de bienes vacantes o mostrencos, entre otras. Por ser la principal entidad ejecutora de las políticas de menores en el país el ICBF tiene a su cargo la implementación de la doctrina de la Protección Integral a partir de 1991<sup>48</sup>.

Para entender como ejecuta el ICBF sus funciones y como trata de aplicar los principios del Derecho de Menores colombiano es indispensable mirar los programas que actualmente desarrolla el instituto. En la actualidad el Instituto desarrolla dos grandes programas:

- Asistencia a la niñez y a la familia para la prevención de factores de riesgo social: en el cual desarrolla iniciativas que propician el mejoramiento de las condiciones de vida del niño, el joven y la familia, evitando así el abandono del menor y la desintegración familiar. Las iniciativas integrantes de este programa son: los Hogares comunitarios de Bienestar Familiar, los Hogares “FAMI”, los Hogares Infantiles, la Intervención Nutricional Materno Infantil y el apoyo a la Lactancia Materna, el Restaurante Escolar (Almuerzo), los desayunos escolares, los Clubes Juveniles, la atención extrajudicial a la niñez y la familia y las estrategias educativas y participativas para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar.

- Protección integral a la niñez y la Familia con Derechos Vulnerados: este programa brinda atención a los niños y jóvenes que por sus condiciones personales o sociales se encuentran en situación de desintegración, conflicto o desprotección. Para que un menor sea beneficiario de este programa debe haber sido objeto de un proceso de protección en el cual se le haya declarado en Situación Irregular. En este programa se incluyen el programa de adopciones, el centro de desintoxicación para menores de la calle, la

---

<sup>48</sup>ICBF. ¿Cuál es la visión de los derechos de la niñez y su protección integral?. En. [www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co) Bogotá, 2004.

atención al menor trabajador, el tratamiento del menor infractor, la atención de los procesos civiles y de familia de los menores, y la atención en un centro especial para los menores abandonados o en situación de peligro. Ahora pasaremos a describir detalladamente como funciona el ICBF-Santander.

**3.3.3 Descripción del ICBF Regional Santander.** El ICBF Regional Santander cuenta con seis zonas de atención en las cuales operan 10 centros zonales que atienden a las familias usuarias de sus servicios. Las zonas de atención son las correspondientes a los municipios de Bucaramanga, Barrancabermeja, Málaga, San Gil, Socorro y Vélez. En Bucaramanga operan cuatro centros zonales que cubren tanto lo correspondiente al Área Metropolitana de Bucaramanga como varios municipios aledaños así:

- El Centro Zonal Norte cubre tanto el AMB, como los municipios de California, Charta, El Playón, Girón, Lebrija, Matanza, Rionegro, San Vicente de Chucurí y Suratá

- El Centro Zonal Sur “Caracolí” cubre tanto el AMB, como los municipios de Betulia, Los Santos, Piedecuesta, Santa Bárbara, Tona, Vetas y Zapatoca.

- El Centro Zonal del Centro “Carlos Lleras Restrepo” cubre el municipio de Bucaramanga.

- Y el Centro Zonal La Joya “Luis Carlos Galán” cubre tanto el AMB, como todos los municipios que se nombraron anteriormente.

Todos los centros zonales de Bucaramanga desarrollan acciones de prevención (es decir que ejecutan el programa de Asistencia a la niñez y a la familia para la prevención de los factores de riesgo social). Pero el único

centro que ejerce funciones de protección en Bucaramanga es el Centro “Luis Carlos Galán” ubicado en el barrio la Joya. En este centro zonal se concentran todos los procesos administrativos de protección y por esa razón en este centro se coordina la ejecución del programa de “Protección integral a la niñez y la familia con derechos vulnerados”. Por esta razón también el centro Luis Carlos Galán cubre todos los municipios que se encuentran dentro del rango de los otros centros zonales.

El ICBF- Santander cuenta con una sede administrativa que coordina todas las dependencias del mismo. En esta sede funciona la oficina del director regional del ICBF quién tiene la facultad de ser segunda instancia en los procesos de protección. Conforme a lo anterior puede verse que esta investigación incluye la observación de los procesos administrativos de protección en una gran parte de los municipios del departamento, por cuanto se realizó en el centro zonal Luis Carlos Galán Sarmiento.

### **3.4 DESARROLLO PRÁCTICO DE LA SITUACIÓN DE ABANDONO O PELIGRO FÍSICO O MORAL EN EL ICBF- BUCARAMANGA**

**3.4.1 El proceso administrativo de protección.** Para la descripción del proceso administrativo de protección se entrevistaron los siguientes funcionarios:

- Dra. Libia Carmen Aparicio Reyes, Defensora de Familia coordinadora del equipo de recepción de denuncias, quién aportó los principales datos sobre el procedimiento de recepción y parte de los datos referentes al proceso de protección.

- Dr. Ignacio Vargas Zapata, funcionario técnico del equipo de recepción encargado de la orientación pedagógica de padres y niños, quién realizó los

principales aportes referentes a las recomendaciones de esta monografía.

- Dra. Martha Amorocho, nutricionista, quién aportó impresiones sobre los alcances de la actividad del ICBF.

- Dra. Aura Durán, Defensora de Familia, coordinadora del equipo de atención institucional, quién aportó los datos más relevantes sobre el proceso de protección.

- Dra. Lidia Yaneth Jerez, Defensora de Familia, coordinadora del equipo de hogares sustitutos, quien aportó datos sobre el proceso de protección.

- Maria del Pilar Torres Chacón, coordinadora de la oficina de comunicaciones del ICBF-Santander, quién no aportó impresiones sobre el actuar del ICBF y todos los datos estadísticos

- Sra. Martha Colmenares, auxiliar de la oficina de planeación, centro administrativo del ICBF, quien nos aportó impresiones sobre la problemática de la vulneración de los derechos del niño y los datos presupuestales.

- Sra. Iliana Bello, auxiliar de la oficina de planeación, centro administrativo del ICBF.

**Denuncia:** Según contemplan los artículos 32 y 33 del Código del Menor corresponde a cualquier persona la denuncia de posibles Situaciones Irregulares con menores de edad. La denuncia también puede hacerse de oficio tal y como lo indica el artículo 36 del C del M. Señalan estos artículos que corresponde a toda persona el deber de denunciar ante el Defensor de Familia o en su defecto ante las autoridades de policía los hechos que le

indiquen la realización de una conducta que coloca a un menor en las situaciones de abandono o peligro. Igual obligación le corresponde a los directores de los centros médicos asistenciales (hospitales, clínicas, centros de salud, etc.), de informar sobre el ingreso a estas dependencias de cualquier menor de edad que sea abandonado allí o que ingrese con signos de maltrato.

En la práctica la persona puede acudir a cinco sitios para que presente su denuncia o queja: la Regional Administrativa del ICBF, cualquier Centro Zonal, al Defensor de Familia directamente, a las Comisarías de Familia o a la Policía Nacional. Por lo general las denuncias se realizan a las líneas telefónicas dispuestas por el ICBF o se hacen en forma de denuncia verbal ante las oficinas de atención de quejas de cada Centro Zonal. Gran parte de las denuncias entran por la oficina de comunicaciones del Centro Administrativo del ICBF y un número considerable también se recibe por parte de la Policía de Menores.

En cambio no es común que se haga la denuncia directamente al Defensor de Familia y si esto ocurre, el defensor no le da curso como lo señala el Código del Menor, sino que la remite a otro equipo de trabajo como lo veremos más adelante. Infortunadamente el ICBF no cuenta con estadísticas precisas y exactas del número de denuncias presentadas en cada conducto, lo que obliga a confiar en los cálculos aproximados que manifiestan los operadores jurídicos.

Respecto del contenido de la denuncia o noticia, por el desconocimiento de la comunidad en general no es común que se llegue a la institución respectiva manifestando que existe una “situación irregular”. Según los funcionarios encargados normalmente se presentan las denuncias bajo la denominación de “maltrato” o “abandono” a un niño. También se presenta un

número grande de madres que acuden por voluntad propia a pedir que el ICBF se haga cargo de su hijo pues su condición económica no se los permite, aunque no hay registros numéricos exactos sobre este tipo de situaciones. Sin embargo todos los funcionarios entrevistados coincidieron en que el número de estas peticiones es considerablemente alto debido a que existe entre la comunidad la concepción de que el ICBF funciona bajo la filosofía de una institución de beneficencia.

**Estudio de caso:** Una vez recibida la denuncia la persona que recibe el reporte del caso decide si este puede resolverse directamente con una indicación verbal al usuario o amerita una evaluación más profunda del Instituto. Si la situación amerita una evaluación más seria, el funcionario determina que tipo de asistencia se debe desplegar y si es necesario envía especialistas que verifiquen la situación directamente en el hogar de origen. Por ejemplo, si una madre denuncia la falta de dinero para alimentar a sus hijos, la persona que recibe la queja indaga si esta situación se está produciendo por inasistencia del posible padre, por que no existe o no se conoce el progenitor del niño, cual es la situación económica de la madre, etc. Es decir que opta por realizar una asistencia extralegal y/o legal para iniciar una reclamación por alimentos, o mira si la solución puede enfocarse inscribiendo al niño en un Comedor Infantil o un Hogar Infantil, etc., o si realmente se está frente a una situación de abandono que requiera de un proceso administrativo de protección.

Lo anterior lleva a deducir que el primer filtro para determinar cuando un niño se encuentra en situación de abandono o peligro es la persona encargada de recibir las informaciones de los usuarios. Esta persona también se encarga de hacer un reparto administrativo de los casos, ya que en muchas oportunidades se reciben las informaciones en los centros zonales que no cubren el municipio o región donde se origina la posible vulneración de los

derechos del menor o se presenta sobrecarga de trabajo que obligan a trasladar el caso a un centro zonal con menos situaciones por atender. Una vez que se determina la necesidad de verificar en campo la denuncia, el instituto envía una persona que recoja la información necesaria para saber si debe ser puesta o no en conocimiento del defensor de familia. Los funcionarios del ICBF coinciden en declarar que solo los casos muy graves, de extrema necesidad o de extrema vulneración de los derechos del niño ameritan ser enviados a conocimiento del Defensor de Familia.

Si se determina que el caso es de extrema gravedad el expediente pasa al Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento, que es el único que ejerce funciones de protección en el AMB y los municipios antes mencionados.

**Recepción del caso:** el Proceso administrativo de protección se inicia en el equipo de recepción del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento. Este equipo esta coordinado por una Defensora de Familia y conformado por un sicólogo, un educador, una trabajadora social, un auxiliar técnico y un auxiliar administrativo. El equipo de recepción abre la historia del menor, registra el motivo de ingreso, hace el prediagnóstico y se encarga de decretar las medidas provisionales necesarias.

En este procedimiento el equipo toma las declaraciones del menor y del denunciante, oficia a la Procuraduría de Familia, a medicina legal y solicita fotografías para la publicación en caso de que no sea posible ubicar a los padres del menor. Ahora bien, los funcionarios de este equipo aseguran que debido a la selección que se realiza en los centros zonales de prevención prácticamente todos los casos que entran al equipo de recepción terminan en declaración de situación irregular. Por esta razón el equipo normalmente no cumple el rol de filtro de los casos aunque en algunas ocasiones este equipo si decide no recibir un caso que ha sido enviado desde los centros zonales.

Una vez que el equipo recibe el caso, ubica al niño en un hogar de paso hasta que se pueda definir cual medida provisional se puede tomar. El ICBF cuenta con dos hogares de paso con capacidad para unos 15 niños cada uno. En uno de los hogares se ubican los niños de menos edad y en el otro aquellos que se encuentran en mayor estado de desarrollo. No existe un límite preciso para definir en que edad va un niño a uno u otro hogar.

Los integrantes del equipo manifiestan que aproximadamente reciben entre 8 y 15 casos a la semana (lo que significaría entre 400 y 600 casos en el año) por lo cual la estadía del menor en el Hogar de Paso no supera los 3 o 4 días. Durante el tiempo que el menor está en el hogar de paso se estudia la posibilidad de que sea entregado a los padres con una amonestación, sea colocado en un hogar sustituto o un hogar amigo o pase a una Institución acreditada. El criterio más importante para tomar esta decisión es la búsqueda por todos los medios de que el menor vuelva a su medio familiar.

Por último el equipo se encarga de entregar a la familia la citación para que acuda al Defensor de Familia que llevará el proceso de protección. Los defensores de familia aseguran que no es común que los padres acudan al proceso representados por un abogado. Por lo general los padres e incluso los mismos profesionales del derecho no son conscientes de la gravedad del proceso y el alcance que puede tener las decisiones que se tomen en el mismo.

**Proceso de Protección:** una vez realizada la recepción del proceso de protección, se da traslado a uno de los equipos en los cuales está dividido el Centro Zonal. Cada equipo está conformado por un Defensor de Familia, un psicólogo y un nutricionista. Los equipos operan de acuerdo a la medida de protección provisional que se haya dictado. Encontramos entonces el equipo de instituciones, el equipo de hogares sustitutos, el de medio familiar y el

equipo de menor infractor que se encarga de lo referente a los casos de infracción a normas penales.

Cada equipo desarrolla el proceso administrativo de protección de acuerdo a lo establecido en el Código del Menor y a las particularidades del estado del niño. El Defensor de Familia abre un proceso de investigación mediante el auto del artículo 37 del C. del M. en el cual ordena la recolección de todas las pruebas necesarias y la realización de las diligencias tendientes a establecer la situación real del niño o de la niña.

Dentro de las pruebas y diligencias posibles, las más comunes son:

- Valoración nutricional del niño o la niña. Esta prueba es decretada en todos los procesos que desarrolla el defensor.

- Remisión al Instituto Colombiano de Medicina Legal para la valoración del niño o la niña. Se decreta si el menor tiene señas de maltrato físico o enfermedad.

- Estudio de las condiciones socio-familiares. se desarrolla en tres o cuatro intervenciones de los trabajadores sociales directamente en el hogar del menor mediante visitas sorpresa. No siempre se decreta esta prueba, pero los defensores tratan de hacerla en todos los procesos, pues se trata de la diligencia más certera para determinar realmente las condiciones en las cuales vive el menor.

- Exposición de padres y testigos. En ocasiones estas declaraciones son recibidas por el equipo de recepción y anexadas al expediente que se traslada al defensor de familia. Cuando el menor es mayor de 5 años también se le recibe exposición.

- Valoración psicológica de los padres o adultos responsables: esta prueba es poco confiable debido a que la mayoría de los adultos mienten durante las entrevistas que se le realizan.

- Experticio psiquiátrico: no es común que se decrete esta prueba y son pocos los padres que presentan cuadros mentales clínicos. Cuando se detecta una anomalía síquica en el adulto responsable del menor y no se conoce otra persona que pueda responder por el niño, inmediatamente se declara la Situación Irregular y se autoriza la adopción.

- Valoración psicológica del niño o de la niña.

Además el defensor de familia ordena allegar el registro civil del menor y si este no lo tiene ordena tramitar su inscripción en el registro civil. No es muy común recibir niños sin registro civil excepto el caso de los niños expósitos que son abandonados por la respectiva madre, por lo general en los hospitales, horas o días después de dar a luz.

Los Defensores de Familia comentan que debido a la carencia de personal las intervenciones y estudios no alcanzan un número ideal. Sin embargo ellos piensan que muchos de los casos que llegan al despacho pueden diagnosticarse con la exposición que hagan los padres en razón de su similitud con otros casos y a la experiencia que los mismos defensores van acumulando con la práctica.

**Terminación del proceso:** Vencido el término de la investigación y practicadas todas las pruebas el Defensor de Familia dicta la manifestación en la cual da por terminado el proceso. Esta manifestación puede ser de dos clases:

- Archivo de la investigación y reintegro del niño o a la niña a su hogar, si la investigación indica que las condiciones que le estaban exponiendo o vulnerando se han superado.
- Declaración de una situación irregular y orden de tomar una medida de protección, si el estudio así lo requiere y no es posible aún reintegrar al niño o a niña a su hogar porque las condiciones de riesgo o de abandono o maltrato al interior del mismo continúan.

Como ya se dijo, no es común que se decrete el archivo de la investigación y el reintegro del menor. Sin embargo, todos los funcionarios entrevistados comentaron que en este momento es política global del ICBF hacer efectiva la corresponsabilidad que existe entre el Estado y la familia para el cuidado del menor. Por esta razón buscan en la mayor medida posible que el menor vuelva al medio familiar, así se haya determinado la existencia de una situación irregular. Entonces, optan por la solución de decretar la situación irregular y reintegrar al menor a su familia bajo ciertas condiciones y con supervisión del instituto.

Cuando el menor es reintegrado a su medio familiar se ordena la asistencia de los padres a sesiones de educación y/o terapia, a entrevistas periódicas con el Defensor de Familia y también se ordenan visitas periódicas al hogar del menor. No obstante existen casos de reincidencia de las situaciones irregulares aunque los funcionarios no tienen una percepción sobre el número de casos de reincidencia y como ya se mencionó, el ICBF no cuenta con estadísticas al respecto. En los casos en que se decreta la resolución de situación irregular el fundamento jurídico puede variar, pero existe una preferencia por acogerse al fundamento jurídico del numeral 2 del artículo 31 (Incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los padres). Según los defensores, la gran mayoría de las resoluciones se apoyan en este

numeral. Los casos de menores expósitos se presenta con cierta regularidad (1 o 2 casos por mes en palabras de una defensora de familia). Igualmente se presentan con frecuencia casos de abuso sexual, fundamentados en el artículo 31 numeral 4 del C. del M.

Ahora bien, las medidas de protección establecidas en el Código del Menor que se decretan son:

- Orientación directa en la familia mediante amonestaciones y seguimiento profesional, como ya lo mencionamos.
- Atribución de su custodia o cuidado personal, al pariente más cercano que se encuentre en condición de ejercerla.
- Colocación familiar en un Hogar Sustituto.
- Atención en un centro de protección especial, el cual se refiere a un Servicio Institucional de Protección.

Entre las anteriores, la preferencia se enfoca a la colocación en la familia del menor. Cuando el menor es declarado en abandono y se le decreta la colocación en un hogar sustituto o en un medio institucional la resolución también decreta la autorización para iniciar los trámites de adopción del niño o de la niña. El expediente pasa entonces al programa de adopciones.

En los casos en que la resolución autoriza la adopción la norma general es que los padres repongan y apelen la decisión una vez son conscientes del peligro de perder la custodia de su hijo. Además, los defensores de familia observan que una vez la resolución es decretada en contra de los padres, estos generalmente acuden a un abogado. En el evento de que existan

apelaciones son pocas las oportunidades en que el superior inmediato desestima la actuación del defensor. Los defensores de familia sostienen que existe un gran desconocimiento de los procedimientos de protección y del derecho de menores por parte de los profesionales del derecho, lo que los lleva a cometer equívocos a la hora de impugnar las decisiones.

Cuando la resolución autoriza la adopción es enviada a recurso de homologación. La homologación está regulada por el artículo 63 del Código del Menor. Si bien no es obligatorio los defensores acostumbran enviar todas las resoluciones que autorizan la adopción a recurso de homologación en razón a que de esta manera evitan acudir a una posterior impugnación de su decisión, pues según lo dispuesto por el artículo 64 del C. del M., una vez homologada la resolución, los padres no pueden solicitar que se terminen los efectos de esta declaración.

Cuando la resolución no es homologable, por que en esta no se autoriza la adopción (es decir, en los casos en que la medida es temporal, o se trata de una medida que implica el retorno del niño a su hogar) los padres del menor tienen a su disposición una acción ante el juez de familia basada en el cambio de las condiciones en las cuales se fundó la resolución. Esta acción es conocida como “recurso de revisión”.

Cuando el menor es colocado en un hogar sustituto o a una institución su expediente queda en el programa de adopciones. Mientras tanto, el cuidado y educación del menor queda en gran parte en manos del hogar sustituto o de la institución. La función del Instituto en este caso es de supervisión y seguimiento. La supervisión es realizada por los equipos de trabajo de los defensores de familia de acuerdo con la división interna que ya se mencionó. Cuando los menores tienen bajo perfil para ser adoptados (por ejemplo en el caso de los menores que tienen más de 8 o 10 años) el Instituto propende

por gestionar que se eduque adecuadamente y desarrolle un proyecto de vida. Para esto se cuenta con el concurso de la Institución respectiva y de un trabajador social y un sicólogo del Instituto.

**3.4.2 Estadísticas.** El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mantiene tres registros estadísticos que dan cuenta de su labor legal: a) Derechos vulnerados de la niñez, b) Violencia intrafamiliar y c) Prediagnóstico de asistencia legal. Estos registros se dividen a su vez en varias hipótesis (por ejemplo impugnación de paternidad, guardas, adicción a las drogas, etc.) y para cada hipótesis se consigna el número de casos y el número de usuarios que se involucran en el tratamiento de los casos, en el departamento de Santander<sup>49</sup>. Las estadísticas sobre abandono y peligro físico o moral se encuentran en el registro de “Derechos vulnerados a la niñez”<sup>50</sup>. Los derechos vulnerados a la niñez están clasificados en 11 hipótesis diferentes: reconocimientos, investigaciones de paternidad, impugnaciones de paternidad, alimentos, reglamentación de visitas, patria potestad, custodia y cuidado personal, problemas de conducta, abandono, peligro físico o moral y maltrato infantil<sup>51</sup>.

El número de casos de “Derechos vulnerados de la niñez” en Santander ha presentado un significativo aumento entre el año 2000 y el año 2002, con un crecimiento de casi el 100% en este periodo (tabla 1). No obstante entre el año 2003 y 2004 la cifra no presenta ninguna variación. Existe una tendencia al aumento de los casos ya que si bien entre el 2002 y el 2004 disminuyeron los casos, el número de estos fue sustancialmente mayor que el registrado en el año 2000 y 2001 (gráfico 1).

---

<sup>49</sup> Fuente: Oficina de Comunicaciones, sede administrativa ICBF- Regional Santander. Las estadísticas no registran el número de usuarios por cada caso, sino el número total de usuarios por cada hipótesis legal.

<sup>50</sup> Hasta el año 2002 este registro se llamaba “Maltrato infantil”. A partir del 2003 se empezó a denominar “Derechos vulnerados de la niñez”.

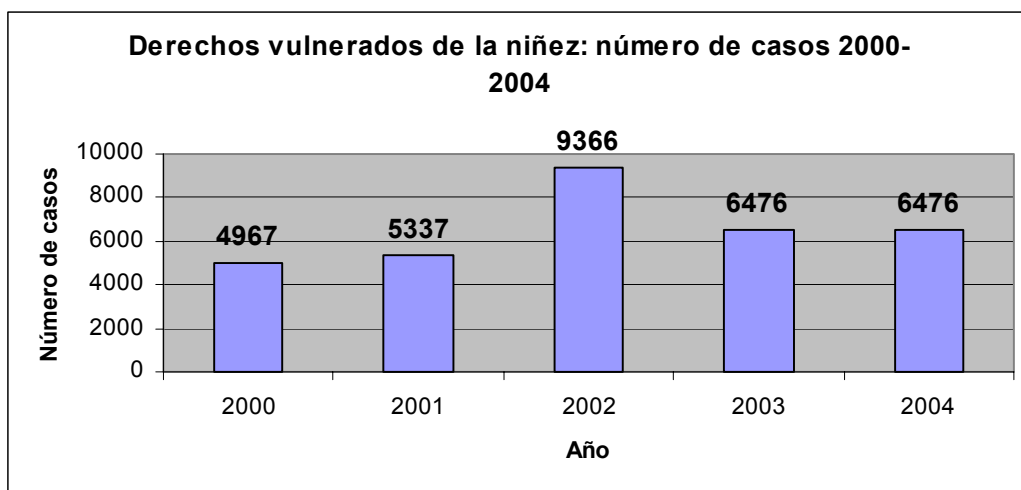
<sup>51</sup> ICBF: Derechos Vulnerados a la Niñez, Estadística Acumulada ICBF – Santander.

Tabla 1: Derechos vulnerados de la niñez: número de casos 2000-2004

<b>Año</b>	<b>Número de casos</b>
2000	4.967
2001	5.337
2002	9.366
2003	6.476
2004	6.476

Fuente: ICBF – Santander.

Gráfica 1. Derechos vulnerados de la niñez



Fuente: ICBF – Santander.

Ahora bien, el número total de usuarios que ha sido atendido en estos casos presenta la misma evolución aunque en el periodo 2003-2004 no se estabiliza, sino que comienza a descender al mismo ritmo que estaba aumentando.

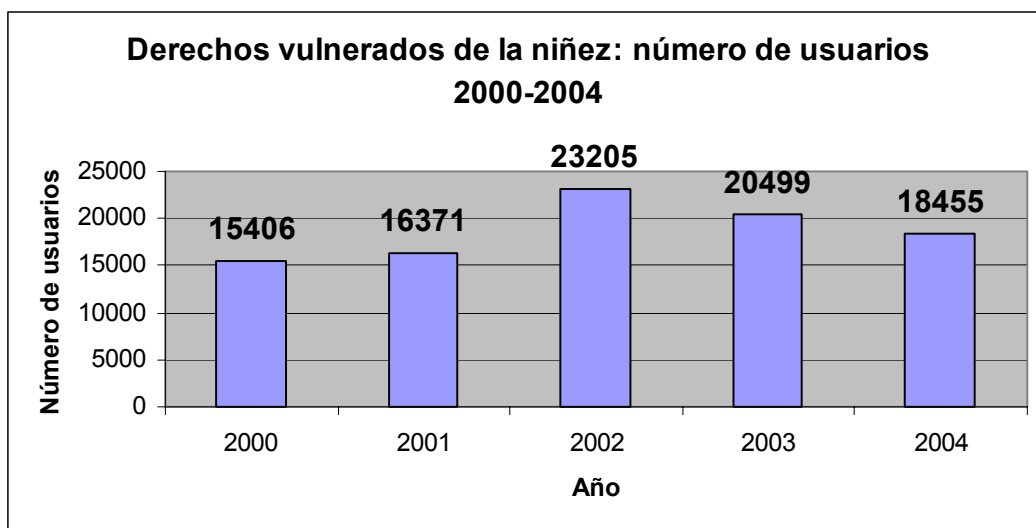
No obstante, los registros del 2004 siguen siendo muy superiores a los del año 2000.

Tabla 2: Derechos vulnerados de la niñez. Número de usuarios 2000-2004.

<b>Año</b>	<b>Número de Usuarios</b>
2000	15.406
2001	16.371
2002	23.205
2003	20.499
2004	18.455

Fuente: ICBF – Santander.

Gráfica 2. Derechos vulnerados de la niñez



Fuente: ICBF – Santander.

La tendencia al aumento que se presenta, tanto en los casos como en los usuarios, sirve para corroborar las apreciaciones de la mayoría de los funcionarios entrevistados sobre el aumento de las quejas y situaciones de maltrato a la niñez que llegan a las oficinas de recepción de los centros zonales.

Frente a la situación de peligro se ha presentado la siguiente evolución:

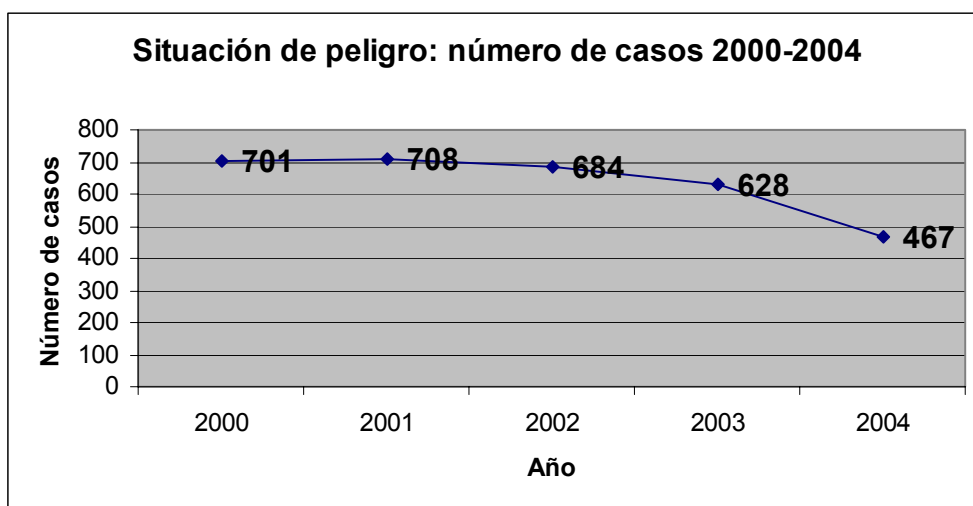
Tabla 3: Situación de peligro: número de casos 2000-2004

<b>Año</b>	<b>Número de casos</b>
2000	701
2001	708
2002	684
2003	628
2004	467

Fuente: ICBF – Santander.

Lo anterior significaría que existe una marcada disminución de los casos de peligro como lo muestra claramente esta gráfica:

Gráfica 3. Situación de peligro



Fuente: ICBF – Santander.

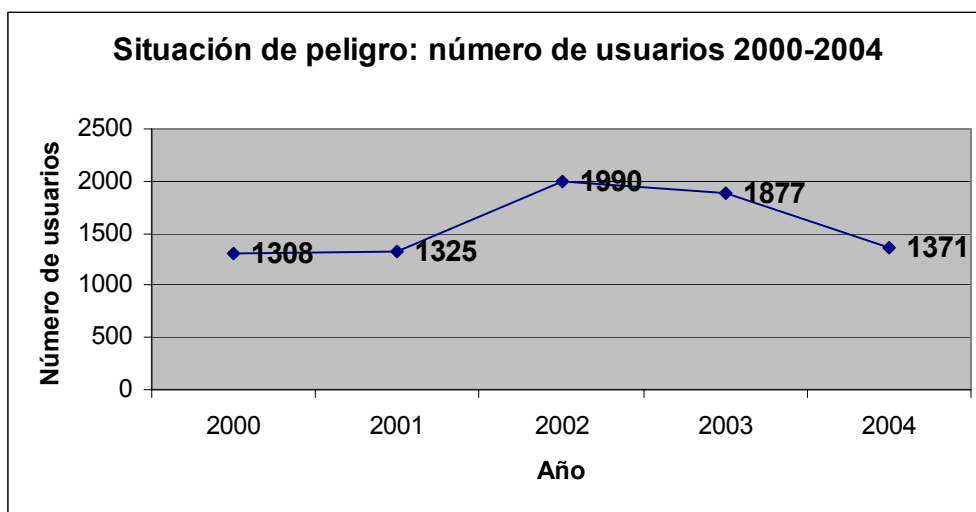
No obstante la disminución del número de casos, el número de usuarios atendidos en estos casos ha tendido a aumentar hasta el año 2002 y se ha estabilizado entre los años 2003 y 2004 de la siguiente manera:

Tabla 4: Situación de peligro: número de usuarios 2000-2004

<b>Año</b>	<b>Número de usuarios</b>
2000	1.308
2001	1.325
2002	1.990
2003	1.877
2004	1.371

Fuente: ICBF – Santander.

Gráfica 4. Situación de peligro



Fuente: ICBF – Santander

Ahora bien, frente a la situación de abandono ocurre un fenómeno similar a la situación de peligro: es muy poca su incidencia en el número total de casos de vulneración de derechos de la niñez atendidos por el ICBF y su incidencia

tiende a seguir disminuyendo. La evolución de la situación de abandono en el periodo estudiado es la siguiente:

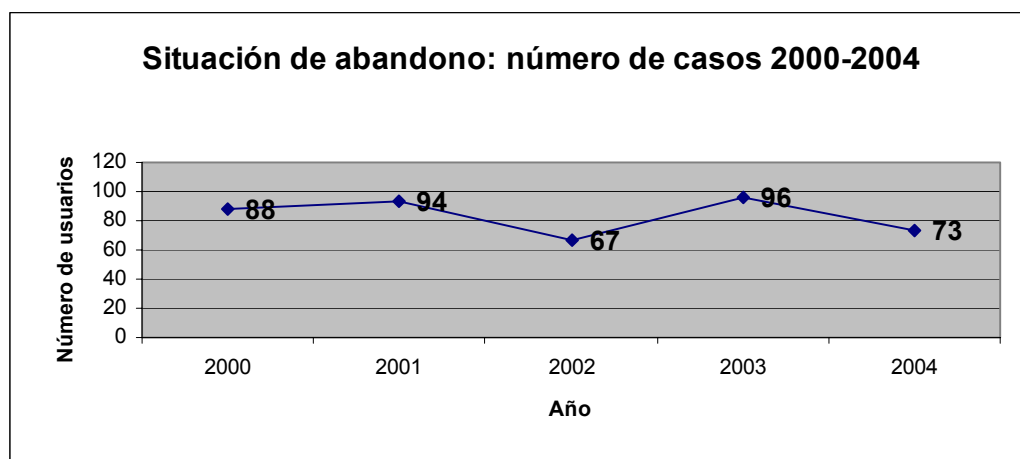
Tabla 5: Situación de abandono: número de casos 2000-2004

<b>Año</b>	<b>Número de Casos</b>
2000	88
2001	94
2002	67
2003	96
2004	73

Fuente: ICBF – Santander.

Una vez más puede verse gráficamente la disminución del número de casos de abandono.

Gráfica 5. Situación de abandono



Fuente: ICBF – Santander.

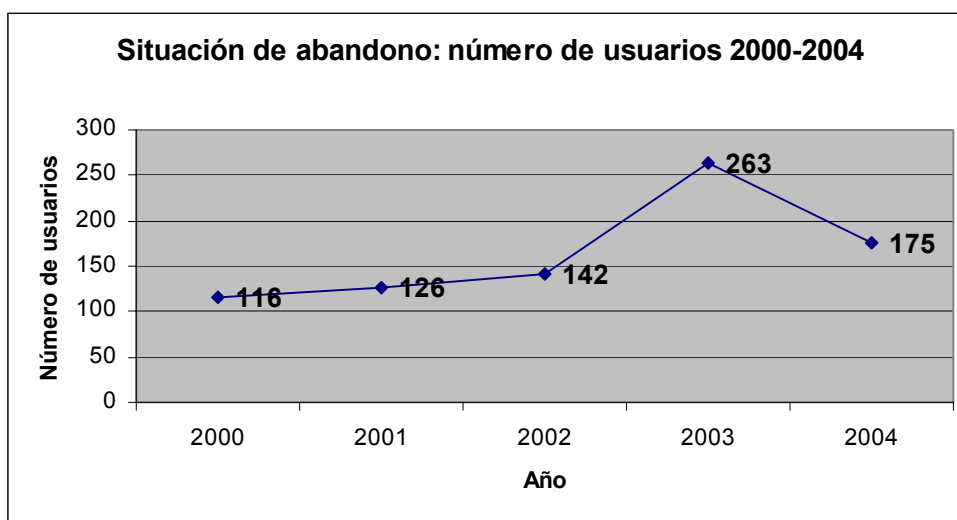
No obstante la marcada disminución de los casos de abandono, el número de usuarios involucrados en estos casos ha aumentado en forma considerable, especialmente en el año 2003.

Tabla 6: Situación de abandono: número de usuarios 2000-2004

<b>Año</b>	<b>Número de usuarios</b>
2000	116
2001	126
2002	142
2003	263
2004	175

Fuente: ICBF - Santander

Gráfico 6. Situación de abandono



Fuente: ICBF – Santander.

Los anteriores registros llevan a concluir que las situaciones de abandono o peligro tienen muy poca incidencia con respecto al total de casos atendidos por el ICBF. Por ejemplo en el año 2003 se presentaron 6.476 casos de derechos vulnerados de la niñez, en los cuales se atendieron 20.499 usuarios. Pero de estos casos solamente encontramos 96 situaciones de abandono (en los cuales se involucraron 263 usuarios). Esta poca incidencia puede deberse a los criterios de selección de los casos que llegan al Defensor de Familia pues como ya lo manifestamos solo los casos de mayor gravedad son objeto de procesos de protección. También puede deberse a la falta de infraestructura y recursos del ICBF para mantener y proteger a los niños declarados en abandono, situación que también han manifestado los funcionarios entrevistados.

El número de casos de abandono se ha mantenido estable mientras que los casos de peligro por su parte tienen una evidente tendencia a reducirse. No obstante el número de usuarios ha aumentado tanto en lo referente al abandono, como en lo referente a la situación de peligro. Esto significa que no podríamos hablar de la disminución de la situación de abandono o peligro, sino de la disminución de los casos, pero el aumento gradual de los niños que se ven involucrados en estas situaciones. En lo que respecta a la protección, el ICBF cuenta con convenios con 17 instituciones para el cuidado de niños abandonados o en peligro. Estas instituciones cubren en su conjunto un total de 458 cupos. Esta cantidad de cupos no ha aumentado ni disminuido desde el año 2004 y hasta febrero de 2006<sup>52</sup>. Lo anterior significa que del total de usuarios declarados en abandono y situación de peligro en el año 2004 (175 usuarios en abandono y 1.371 usuarios en situación de peligro) solo hay capacidad para atender 458 niños.

---

<sup>52</sup> Fuente: ICBF, Oficina de Planeación. El presupuesto del ICBF está asegurado, con esta cobertura en materia de protección, hasta el 31 de febrero del 2006, fecha en que deberá programarse una nueva vigencia.

Esta es sin duda la principal razón por la cual la actividad del ICBF ha hecho énfasis en la corresponsabilidad de la familia con el Estado en el cuidado del menor.

### **3.5 LA SITUACIÓN DE ABANDONO FRENTE A LA PROTECCIÓN INTEGRAL**

Como hemos señalado uno de los objetivos de esta monografía es determinar en que medida la Situación de Abandono o peligro tiene puntos de encuentro o desacuerdo con la Doctrina de la Protección Integral. Para dar respuesta a este problema traeremos a colación las críticas que se le hacen a la Doctrina de la Situación Irregular y veremos si efectivamente estas críticas tienen asiento en la realidad. Después haremos un listado de los principios que fundamentan la Doctrina de la Protección Integral para saber si los procedimientos que fueron observados tienen en cuenta este conjunto de principios.

**3.5.1 Las críticas a la Situación Irregular frente a la situación de Abandono.** La primera crítica que se le realiza a la Situación Irregular es la discrecionalidad y arbitrariedad en la normatividad de menores tanto en la definición de lo que es una Situación Irregular como en la tasación de las Medidas de Protección. Consideramos que efectivamente el Defensor de Familia cuenta con una gran discrecionalidad al momento de definir cuando un niño se encuentra o no en situación de abandono y cuales son los procedimientos a seguir para su tratamiento. Por ejemplo, se encuentran normas como el numeral segundo del artículo 31 del Código del Menor, que tiene gran amplitud, de tal manera que se puede dar cabida a varios tipos de situaciones fácticas, como en efecto lo hacen los Defensores de Familia. No obstante creemos que esta discrecionalidad no es el principal inconveniente de la normatividad de menores. De hecho, es tal la cantidad y variedad de

situaciones que dan pie a la vulneración de derechos del niño que la norma debe ser amplia si aspira a mantenerse acorde con la realidad social. El principal inconveniente en estos casos no radica en la amplitud de la norma sustancial, sino en la amplitud y laxitud de la norma procesal. Debido a la sobrecarga de trabajo y la falta de recursos humanos y financieros los defensores de familia optan por abreviar los procedimientos legales tendientes a determinar a fondo la situación en la cual se encuentra el menor. Como lo señalamos en el estudio de campo, los defensores acuden a sus percepciones para diagnosticar los casos y en este punto la ley no contempla unos mínimos de probatorios que permitan la certeza del estado actual del menor. Y un proceso rápido y rutinario a la vez, puede dar pie a fallas en la protección del menor. Aunque no existen estadísticas, el hecho de que se presente algún índice de reincidencia en casos que han pasado por el ICBF, delata la existencia de fallas en el proceso de diagnóstico – decisión.

Las arbitrariedades que puedan presentarse también se originan en el hecho de que los funcionarios que hacen la primera clasificación de los casos y los mismos defensores de familia están condicionados por el estrecho margen de acción del Instituto. La falta de recursos y de apoyo interinstitucional es la constante a la hora de preguntar a los defensores cuales son los principales inconvenientes que encuentran en su labor. En estas condiciones ninguna norma, sea amplia o sea rigurosa en sus postulados, puede tener aplicabilidad. Por esta razón consideramos que si bien se presenta la mencionada discrecionalidad, no es por ella que ocurren las posibles arbitrariedades, sino por otro tipo de situaciones de orden más fáctico.

La segunda crítica a la Situación Irregular es la semántica eufemística implícita en las Medidas de Protección, debido a que estas se fundamentan en un discurso terapéutico pero en la realidad apuntan a un tratamiento cuasi penal del menor, que busca su reclusión en ambientes ajenos a la familia de

origen. Consideramos que según los resultados que arrojan las observaciones y entrevistas en Colombia y en Santander no podemos hablar de semántica eufemística o *fraude de etiquetas*. Por el contrario, existe una política institucional del ICBF en el sentido de que los menores no sean retirados de su medio familiar. Por supuesto que es evidente que esta política tiene su origen en las carencias presupuestales del Instituto. Pero independientemente de su origen se está propiciando en el largo plazo una toma de conciencia en el sentido de la conveniencia de que el menor continúe en su medio familiar y de que se haga efectiva la corresponsabilidad de la familia en la protección del menor.

Infortunadamente este análisis es válido para la Situación de Abandono más no para el caso de los menores infractores, donde es posible que se presenten las mayores manifestaciones de la llamada semántica-eufemística, en la medida que está de por medio la privación de la libertad.

Respecto de la tercera crítica, denominada “judicialización de la pobreza” encontramos que efectivamente las condiciones fácticas en las cuales actúa el ICBF-Santander hacen que se contribuya a ahondar la división social infantil. En efecto, el hecho de que solo los casos de extrema necesidad sean objeto de procesos de protección hace evidente que el accionar del instituto se enfoca solo a los menores provenientes de las clases menos favorecidas y en el caso de vulneraciones extremas de los derechos del menor.

El desarrollo de la labor de los Defensores de Familia ha generado una subdivisión de facto entre los menores: **a)** los menores que están en situaciones de extrema pobreza y son objeto de protección por parte del ICBF, **b)** los menores que están en situación de pobreza pero no son objeto de procesos de protección (aunque eventualmente pueden acceder al programa de prevención de factores de riesgo social) y **c)** los menores que

tienen condiciones de vida aceptables, buenas o excelentes, para los cuales no existe atención del ICBF. El grupo que mayores riesgos tendrían, es el segundo por cuanto agrupa gran cantidad de menores que muy seguramente vivirán sin las condiciones de desarrollo apropiadas y sin que puedan apoyarse en la acción del Estado para subsanar las falencias de su condición económica y social.

Debido a la anterior clasificación, tal y como lo temen los doctrinantes, la Doctrina de la Situación Irregular en Colombia y en el caso específico de Santander se ha convertido en el último eslabón de la Beneficencia pública (por esta razón la comunidad cree que el ICBF es una institución de beneficencia) y en una forma de controlar el alto número de menores aparentemente en peligro de convertirse en personas dañinas para la sociedad o en peligro de sufrir graves vulneraciones de sus derechos. Pero incluso en esta labor se está fallando pues como lo señalan los mismos funcionarios solo una pequeña parte de los casos de vulneración de derechos del menor son puestos en conocimiento del ICBF.

Consideramos necesaria e indispensable una investigación de otro nivel que pueda arrojar resultados sobre ese amplio margen de población infantil de clase media-baja que se encuentra en una especie de limbo en el cual sus necesidades no son atendidas cabalmente (y cuando hablamos de necesidades no solo incluimos la alimentación, el techo y el vestido, sino también la educación, el esparcimiento, la participación política, entre otras) pero tampoco puede acudir al ICBF para complementar esa atención.

**3.5.2 La Protección integral frente a la situación de Abandono.** Vistas las anteriores consideraciones queda aún por resolver una parte importante de la pregunta que orienta estos numerales: ¿mediante la Situación de Abandono o peligro se está atendiendo a los postulados de la Protección Integral y por

consiguiente a los principios del derecho de menores colombiano?. Los postulados a los cuales nos referimos son aquellos que hemos señalado en el capítulo 2 como principios de la Protección Integral. Debemos ver entonces si la práctica de la Situación de Abandono permite una salvaguarda completa de estos principios.

**Principio de supervivencia:** Observando el principio de la Supervivencia y el Desarrollo del niño frente a la práctica de la situación de abandono consideramos que al interior de las acciones de protección y del procedimiento respectivo, existe un interés manifiesto por parte de los operadores jurídicos de lograr el mayor nivel de respeto y garantía para este principio. Efectivamente, los defensores de familia consideran necesario que el menor se desarrolle en todos los aspectos de la personalidad dentro de las herramientas con que cuenta el Instituto para garantizar este interés.

Y no obstante ser contradictorio con la Doctrina de la Protección Integral y con los intereses del ICBF, los mejores niveles de garantía del derecho a la supervivencia se pueden dar cuando la medida de protección implica la reubicación del menor en un lugar diferente del de su familia de origen. En los casos en que el menor es reintegrado al medio familiar se protege en mayor medida la integridad moral del niño y por ende el derecho al desarrollo, pero hay menos posibilidades de verificar otras situaciones como su seguridad social, la adecuada alimentación, la protección del derecho a la educación, etc. En estos casos la falta de mecanismos adecuados de verificación (en especial de visitas de campo para hacer evaluaciones socio-económicas) y la existencia de casos de reincidencia, indica que muy posiblemente el reintegro del menor a su familia no siempre es adecuado para proteger el derecho al desarrollo. Ahora bien, esta conclusión es aplicable a las declaraciones de Abandono o peligro y a las medidas de protección que se decretan. Pero existe una falla grave en la protección del

Derecho a la Supervivencia y el Desarrollo del menor, y se trata de la política (o necesidad) de recibir solo los casos de extrema vulneración de derechos del menor. Esta política lleva a que no se proteja el derecho el desarrollo de aquellos menores que tienen carencias en aspectos como la recreación o la educación, carencias que no son consideradas suficientes para iniciar un Proceso de Protección pero que si hacen parte de la construcción integral del niño.

**Principio de la no-discriminación:** Frente al principio de la no-discriminación del menor encontramos varias situaciones. Por un lado, en el mismo momento en que se define si un caso debe o no ser objeto de protección se está presentando una discriminación por razones de capacidad económica: a mayor pobreza o inestabilidad (psicológica, física, etc.) mayor posibilidad de recibir protección del ICBF. Sobre este punto hemos hecho constantes referencias a lo largo de este capítulo por que sin duda el problema de la cobertura del ICBF es la piedra angular de las falencias que presenta la institución en materia de protección de los derechos del menor.

Por otro lado, al interior del procedimiento para la Declaración de Abandono no fue posible detectar si existían o no casos de discriminación desde el punto de vista sustancial o por parte de los defensores de familia o funcionarios del Instituto. En este sentido primaron las limitaciones de la investigación pues, para poder determinar si existe o no-discriminación es necesario por lo menos un análisis de los expedientes de procesos de protección y realizar entrevistas con los menores que son objetos de estos procesos, dos experiencias que no fueron posibles en esta monografía.

Frente al uso de las medidas de protección para detener fenómenos de discriminación, los defensores de familia comentan que no es común recibir en su despacho este tipo de denuncias. Al parecer los casos de

discriminación tienden a ser resueltos mediante el uso de la acción de tutela. No obstante, la falta de nombre y nacionalidad, que es considerada una forma de discriminación, si es resuelta en el proceso de declaración de Abandono ya que el Código del Menor ordena que en el caso de menores expósitos, el ICBF se encargue de realizar el registro civil correspondiente, orden que es cumplida cabalmente por el Instituto.

**Principio de la Participación:** En lo referente a la participación del menor en el Proceso de Protección observamos que en principio los menores tienen garantizado este derecho pues el defensor propende por escucharlo durante el Proceso de Protección: lo llama a exposición cuando es mayor de 5 años para que declare sobre los hechos y también tiene contacto directo con la opinión del niño cuando ordena una valoración psicológica del mismo, prueba que es de común utilización. Igualmente, aunque no se trata de un contacto directo, las evaluaciones socio-económicas que se realizan directamente sobre el hogar son una garantía de que en el expediente no repose solamente la opinión de los adultos. Por estas razones creemos que el menor tiene suficiente asiento en el proceso de protección tomando en cuenta su edad y su desarrollo psicológico.

No obstante esta conclusión solo puede corroborarse mediante un estudio mas detallado de los expedientes de Procesos de Protección que permita determinar en que medida cuantitativa y cualitativa los defensores están tomando en cuenta la opinión del menor para sustentar sus decisiones o si solo es escuchado por el cumplimiento con un requisito procesal. Frente a la aplicación de medidas de protección para proteger el derecho a la participación del menor (por ejemplo al interior de la familia o de la escuela) la posibilidad de que esto se presenta es prácticamente nula. En todo caso, atendiendo al enfoque de esta investigación, este derecho no amerita un estudio con referencia a la figura de la Declaración de Abandono. No

obstante la investigación dejó planteado otro interrogante en referencia a este derecho: la necesidad de evaluar si se está fomentando la participación (recordemos que la participación es entendida en el sentido de deber público y cívico) en las familias, los hogares de paso, los hogares sustitutos y las Instituciones a las cuales son enviados algunos niños objeto de protección. A esta inquietud deben sumarse las inquietudes que ya manifestamos sobre la efectividad de los mecanismos de participación que fueron creados para los jóvenes (los Consejos de Juventud y las Personerías Estudiantiles) a partir de la Constitución de 1991.

## CONCLUSIONES

- La concepción de Protección Integral que se maneja por parte del ICBF no es del todo coherente ni con los postulados del derecho de menores colombiano, ni con el discurso que el mismo Instituto plantea. La Protección Integral es una Doctrina Jurídica que no puede equipararse a los Procesos de Protección (figura que hace parte de la doctrina de la Situación Irregular) o a uno de los dos programas que tiene el Instituto. El ICBF y más aún el SNBF deben fundar toda su actuación en los postulados de la Protección Integral como el eje rector de sus políticas y no como uno de sus componentes parciales.

- Existe un genuino interés de parte de los funcionarios del ICBF en la búsqueda de verdaderas soluciones a los problemas de los menores que son objeto de Procesos de Protección. Y por esta razón las fallas en la labor del Instituto se ubican en los problemas de orden presupuestal y técnico. No obstante, aún mejorando las condiciones presupuestales actuales, es posible que no se presenten mejoras por cuanto el sistema de protección del menor está diseñado para que solo una parte de los niños sea atendido por el Estado, mientras que la mayor parte sea objeto de atención por parte de su familia. No se trata de un sistema con políticas globales para todos los menores.

- El sentido de la corresponsabilidad entre el Estado y la familia es entendido en gran medida como una especie de enfrentamiento en el cual, cuando uno actúa el otro se desentiende y viceversa. Existe una fuerte tendencia a no mezclar la actuación del Estado y particularmente del ICBF en la cotidianidad

de la vida familiar, sino a ver la intervención como un hecho extremo solo creado para condiciones extremas.

- Según lo observado, la labor del ICBF se realiza en gran medida de forma solitaria, por cuanto solo esta institución puede desarrollar procesos de protección. No obstante creemos que puede lograrse una mayor integración del SNBF, en función de acompañar la labor de los Defensores de Familia. El SNBF es pieza clave para mejorar el cumplimiento de la Protección Integral y lograr mayor protección de los derechos del menor.

- En sus aspectos generales el desarrollo de los Procesos de Protección y la declaración de Situaciones de Abandono o peligro no presentan incumplimiento de los postulados de la Doctrina de la Protección Integral y por ende de los principios generales del derecho de menores colombiano. Pero tampoco significan un avance en términos de una mayor y mejor aplicación de dichos postulados. Mientras no existan variaciones sustanciales en la gestión global del SNBF y en la legislación actualmente existente, la Situación de Abandono o peligro seguirá siendo una medida marginal ante un problema mayúsculo.

- La Situación de Peligro es la principal herramienta que usan los Defensores de Familia para contrarrestar las vulneraciones extremas a los derechos del niño como se desprende de la información estadística. Son menores los casos de declaración de Situación de Abandono. Pero el mayor número de casos de vulneración grave o leve de derechos del menor se encuentra en aquellos que no son resueltos mediante Procesos de Protección sino que se tratan en otras instancias como oficinas de recepción, asesorías jurídicas, salas de conciliación, etc. Este caudal de casos no registrados en las estadísticas es el verdadero mapa para saber si los postulados de la Protección Integral tienen aplicación en nuestro actual Derecho de Menores.

- Aunado a la anterior conclusión, la investigación se encontró limitada por la imposibilidad de acceder a una serie de informaciones como son las entrevistas con los menores de edad, la revisión de expedientes y de ser posible la asistencia directa de los investigadores a algunas de las etapas del proceso como la entrevista con el menor, con los padres y las valoraciones socio económicas. El estudio de estos datos puede ser significativo para complementar los alcances de la observación que se hizo al proceso administrativo de protección. No obstante, creemos que con los resultados arrojados por la investigación tenemos una idea lo suficientemente cercana a al realidad que nos permita proponer una serie de recomendación en aras a mejorar la gestión del ICBF.

## RECOMENDACIONES

Las siguientes recomendaciones buscan aportar soluciones viables a la problemática vislumbrada en esta monografía, la cual consiste principalmente en la ignorancia sobre la normatividad y el procedimiento de protección del menor, la existencia de falencias de tipo administrativo y técnico que producen que un gran número de casos nunca llegue al conocimiento del Defensor de Familia y la congestión del servicio prestado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La actual legislación de menores en Colombia deja abiertas las posibilidades para mejorar sensiblemente el desarrollo de los procedimientos y las políticas concernientes a la protección y promoción de los derechos del niño en nuestro sistema jurídico. En este sentido existen una serie de alternativas aplicables que no requieren inversión económica o de personal, ni introducen variaciones sustanciales en los actuales procedimientos. Solo requieren el interés por parte del mismo Estado de promover y mejorar su gestión y una mayor coordinación del Sistema de Nacional de Bienestar Familiar y de cada una de las entidades propias, vinculada y adscritas que lo componen.

- Definir adecuadamente los parámetros para determinar que casos serán objeto de proceso de protección y realizar un adecuado control de la labor de los funcionarios que se encargan de la recepción de las denuncias y quejas.

- Reenfocar las acciones jurídicas debido a que muchos de los casos que llegan a los centros zonales del ICBF pueden tener soluciones por medios

judiciales tales como la acción de tutela o un simple derecho de petición. Una adecuada organización y capacitación del ICBF, las instituciones adscritas o vinculadas al SNBF, los juzgados, los consultorios jurídicos, etc. permitiría descongestionar en parte la labor de esta institución.

- Realizar un adecuado ejercicio estadístico e investigativo de los casos que llegan a conocimiento del ICBF. El conocimiento de las condiciones y circunstancias en las cuales opera el ICBF permite determinar los niveles de incidencia y reincidencia de las problemáticas y determinar en que momento de los procedimientos administrativos se está fallando. El registro estadístico debe ir acompañado de la investigación sobre la actividad que desarrolla el Instituto. La investigación puede lograrse con un mayor nivel de gestión ante entidades gubernamentales, no gubernamentales y entes educativos.

- Fomentar la constante sensibilización acerca de la grave problemática que implican las diferentes situaciones de abandono o peligro en un menor mediante la formación y la capacitación en la normatividad que rige las situaciones planteadas. Puede acudir a la realización de campañas publicitarias por medios de comunicación que legalmente deben realizarlas, como las emisoras comunitarias y culturales.

- Capacitar a los funcionarios del Instituto en materia de Protección Integral del Menor. Esta capacitación puede ser realizada por los mismos Defensores de Familia o por instituciones que se encargan de brindar este apoyo técnico sin mayores inversiones económicas.

- Capacitar a los abogados litigantes: el adecuado conocimiento que tengan estos operadores jurídicos sobre el derecho de menores mejora la calidad de su intervención en los procesos, previene la confusión de los

clientes y en general aumenta la confiabilidad y la agilidad de los procesos.

- Participación a través de instituciones educativas mediante la creación de “escuelas de padres” en las cuales mediante la intervención de personal idóneo, se realizarán programas educativos y de capacitación para los padres de familia, en las cuales se les den pautas para lograr una adecuada formación del menor.

- Intervención de la comunidad académica compuesta por profesionales o estudiantes de pregrado que se conviertan en promotores del tema de los derechos de los niños y la protección del menor, quienes podrían convertirse en capacitadores de diferentes organizaciones que podrían ser las mismas Juntas de Padres de Familia o Juntas de Acción Comunal.

- Charlas informativas acerca de los derechos del niño y los mecanismos para su protección dirigidas a la población más afectada por esta problemática. La materialización de esta propuesta se puede lograr a través de la red de alfabetizadores de los Colegios de bachillerato o por la colaboración de la Policía Juvenil.

- Vinculación de practicantes y estudiantes al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Esto se logra mediante la promoción de actividades desarrolladas por el Instituto y la firma de convenios con diferentes entidades educativas. Mediante estos se puede vincular a los equipos de los Defensores de Familia a estudiantes de secundaria que cumplen la alfabetización, o a practicantes de carreras como Trabajo Social, Psicología y derecho.

- Mayor número de visitas para la valoración socio-económica: la valoración directa en el hogar donde se presentan los hechos es sin duda la prueba reina en el proceso de protección. El número de visitas se puede aumentar en la medida que exista mayor disponibilidad de personal mediante la vinculación de estudiantes *ad honorem*
  
- Exigir la asistencia obligatoria a cursos de formación de padres de quienes tienen la obligación y el deber del cuidado del menor y los cuales se encuentran siendo investigados por la posibilidad de la existencia de un menor que se encuentran en una situación de abandono o de peligro.
  
- Vincular efectivamente a las entidades del SNBF en el desarrollo de los menores que son objeto de medidas de protección: vincular a entidades como universidades, centros de capacitación, organizaciones sociales, etc., para que propugnen por garantizar el principio del desarrollo en el menor que es objeto de una medida de protección que no implica el reintegro al hogar.

## BIBLIOGRAFÍA

ANGARITA GOMEZ, Jorge. Derecho Civil, Tomo 1: Parte General y Personas. Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1998.

BARATTA, Alessandro. Participación y democracia. Editorial Ariel Derecho, Madrid, 2001.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Menores. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1986.

DO AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la Doctrina de la Situación Irregular". En *www.equiponizkor.org*. Madrid, 2004.

GALLARDO FRÍAS, Eduardo. BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. Imputabilidad penal, Sanciones y Justicia en Jóvenes y Adolescentes. Parlamento latinoamericano, Brasil, 1999.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia adolescencia: de los Derechos y de la Justicia. Editoriales UNICEF - Distribuciones Fontamara, México, 1999.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y otros. Derecho de Familia en el Código del Menor. 1ª Edición. Librería editorial el foro de la Justicia. Bogotá, Colombia. 1990

\_\_\_\_\_. Derecho de menores. Ediciones Rosaristas - Biblioteca Jurídica Diké. 1ª edición. Medellín-Colombia, 1995.

GROSSMAN, Ceciclia P. y MARTINEZ ALCORTA, Irene. Vinculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles y responsabilidades del padre o madre afín. *en*: Revista "J. A." número III, Buenos Aires. 1995.

GUENDEL, Ludwig. Políticas públicas y derechos humanos.

ICBF. "Sistema Nacional de Bienestar Familiar". *en*: *www.icbf.gov.co*. 2004

\_\_\_\_\_. ¿Cuál es la visión de los derechos de la niñez y su protección integral?.

\_\_\_\_\_. Acciones Frente a la Vulneración de los Derechos de Niños y Niñas.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (OEA).

MARTÍNES LÓPEZ, Antonio José. Código del Menor y jurisdicción de familia. Ediciones Librería del Profesional. 2ª Edición. Bogotá. 1994.

MONROY CABRA, Gerardo. Derecho de Menores. I edición. Librería Jurídica Wilches. Bogotá, Colombia. 1983.

*ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS*. Capítulo XIII. Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102,doc.9 rev. 1

SAJÓN, Rafael. Nuevo derecho de menores. Editorial Humanitas. Buenos Aires, 1967.

SALAZAR, María Cristina. El derecho a la supervivencia y a la participación de Niños, niñas y jóvenes en la construcción de la democracia. *en*: "Primer Congreso Universitario. Derechos de la Niñez y la Juventud. Ediciones UNICEF, Bogotá, 2001.

SOLÍS QUIROJA, Héctor. Justicia de menores. Editorial Porrúa, México, 1.986.

TORRADO, Helí Abel. Código de Familia. Legislación, Jurisprudencia, Doctrina y Normas complementarias. Ediciones Librería Profesional. Santafé de Bogotá. D.C., 2000.

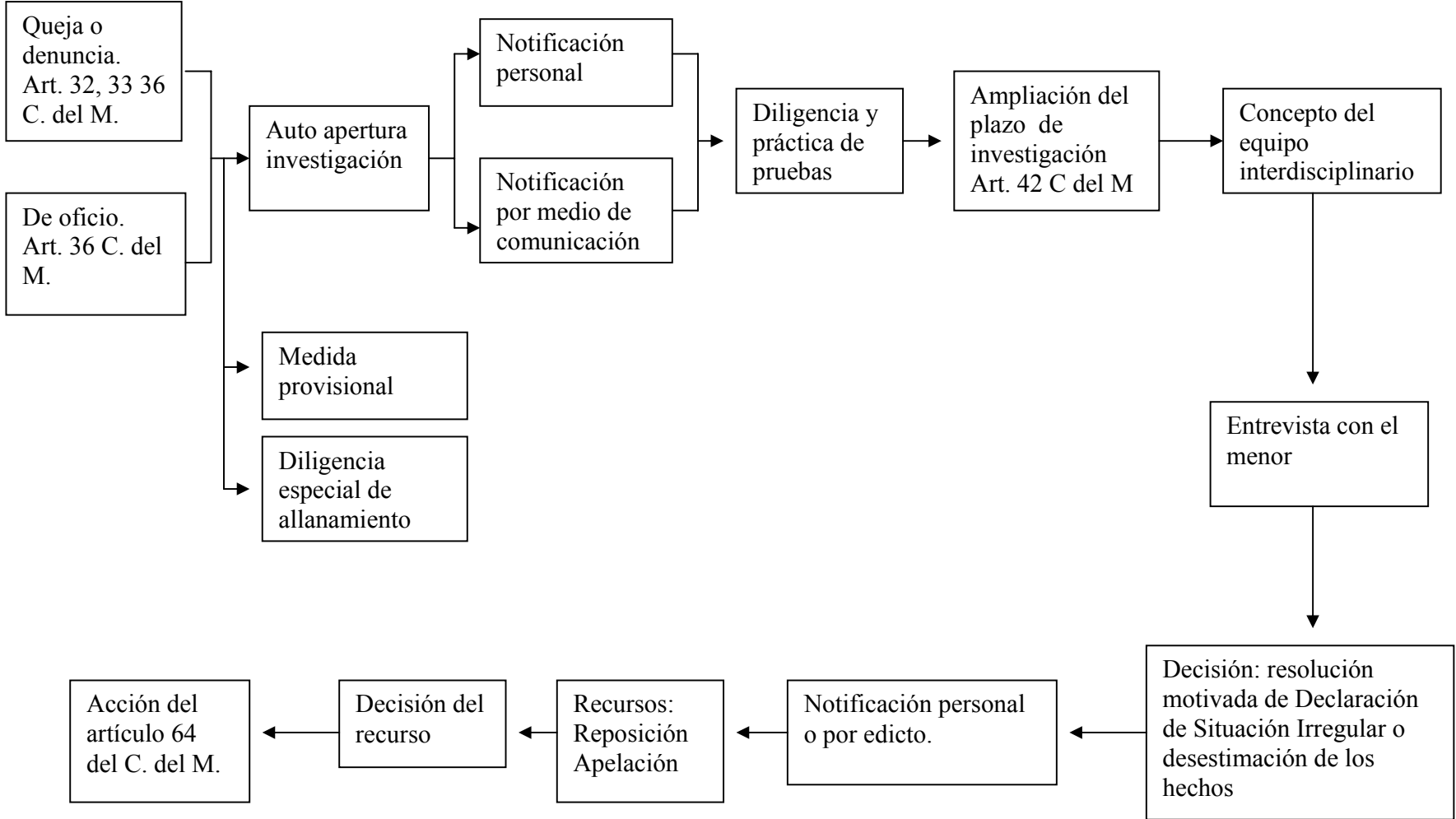
UNICEF. La convención sobre los Derechos del Niño y Preguntas frecuentes sobre la Convención de los Derechos del Niño. *en*: [www.unicef.org](http://www.unicef.org)

V.V.A.A. Fundación Tomás Moro. Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa, Madrid, 1999.

V.V.A.A. GROSSMAN, Ceciclia (directora). El Interés superior del Niño. *En*: Los Derechos del Niño en la Familia: discurso y realidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Protección Familiar – Visión Constitucional.. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santafé de Bogotá, Colombia. 1999.

**Anexo A. Proceso Administrativo de Protección**



## **Anexo B. Extracto Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 137 de 2002 Senado**

Por la cual se expide el Código del Niño que sustituye el Decreto 2737 de 1989 - Código del Menor y a los proyectos acumulados 119 de 2002 Senado y 197 de 2003 Senado.

### **I. OBJETIVO DEL PROYECTO**

El presente proyecto de ley, pretende establecer los principios rectores que orientan la protección integral, la responsabilidad, la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos y el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

### **IV. CONTENIDO DEL PLIEGO DE MODIFICACIONES**

#### **TÍTULO PRELIMINAR**

En el capítulo I, establece las normas generales y principios, señalando el objeto del proyecto de ley y los sujetos de aplicación.

En el capítulo II, establece los principios rectores, determinando la naturaleza del código, el interés superior del niño, la prevalencia del derecho internacional, las reglas de interpretación, la prevalencia de los derechos de los niños, el respeto a la dignidad, la naturaleza de servicio público del Bienestar Familiar, la naturaleza y función de la familia, los niños indígenas, las funciones del Estado en relación al niño y a la familia, la acción y responsabilidad solidaria, la permanencia de los derechos, garantías y libertades del niño, exigibilidad de los derechos, igualdad y no discriminación y la favorabilidad.

El capítulo III, determina los Derechos del Niño, tales como el derecho a la vida y a la integridad, los derechos del que está por nacer, al cuidado y al amor, al desarrollo integral, al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía personal, los derechos del niño con discapacidad, derecho a la salud y a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre y a la nacionalidad, a la filiación, derecho a su familia y a no ser separado de ella, a las relaciones familiares, derecho de visita, derecho a la convivencia familiar, derecho a su libertad personal y a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, a los beneficios en la prestación del servicio militar, derecho a la intimidad, a la educación, a la recreación y a la cultura, a la educación para el trabajo y derecho al debido proceso.

El capítulo IV, contiene los deberes y responsabilidades del niño. El capítulo V, señala la institución de la familia, estableciendo la unidad de armonía y convivencia familiar, al igual que la unidad doméstica.

En su capítulo VI, señala los derechos y obligaciones de los padres, desde la óptica de la Potestad Parental, siendo este término nuevo a la luz de este proyecto de ley, ya que, así como también establece la custodia, el cuidado personal y el desacuerdo del mismo, la reglamentación materno o parento-filial y limita el derecho a mantener dicha relación.

## **PRIMERA PARTE: De la Protección Integral**

### **TITULO I. ACCIONES DE PREVENCION**

En su capítulo I, Políticas de prevención, se establece que dichas políticas serán de iniciativa del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en cabeza del ICBF, quien en coordinación con los entes territoriales y los organismos no gubernamentales promoverán políticas permanentes de prevención dirigidas

a la familia y principalmente a los niños, niñas y adolescentes. En el capítulo II, se determina la Prevención en Salud y Seguridad Social, estableciendo la coordinación intersectorial, el derecho a la atención en salud, la obligación del servicio con sus respectivas sanciones, la seguridad personal del recién nacido. También se establece la capacitación especial a profesionales y técnicos de los IPS, la detección y denuncia del maltrato y abandono y sus respectivas sanciones, la detección temprana de alteraciones y la responsabilidad en la detección de las mismas, el deber de afiliación a salud, la responsabilidad de las IPS en la prestación obligatoria del servicio a niños con discapacidad, y consiguiente obligación de los consejos directivos de las CCF, de establecer programas de prevención, terapia, tratamiento y rehabilitación, se define el concepto de niño discapacitado, estableciendo las responsabilidades de la familia, el deber de denuncia en caso de maltrato a los niños discapacitados, así como también se señala el proceso de interdicción y la terminación de la potestad parental prorrogada. Se establecen las facultades del defensor de familia en los casos que se requiera de tratamiento o intervención quirúrgica a los niños, niñas o adolescentes. Se determina que las EPS asumirán el tratamiento en casos de adicción, y por último la vigilancia gubernamental, por las entidades competentes.

El capítulo III, plantea las Acciones de prevención en educación, estableciendo el derecho a la educación, la obligación de los padres en la educación, los diferentes mecanismos de prevención, la responsabilidad de las autoridades y organizaciones comunitarias, la deserción escolar, la permanencia en el establecimiento educativo, la asociación de padres de familia, el programa institucional y extracurricular de los centros educativos, así como también el programa nacional de cursos de superación y nivelación en la etapa escolar por parte del Ministerio de Educación Nacional, la prohibición de expulsión del niño, niña o adolescente de los centros

educativos públicos y privados, la difusión de los derechos y deberes del niño en los establecimientos educativos y el establecimiento de la educación en las asignaturas de democracia y Gobierno.

El capítulo IV, señala el Trabajo Infantil, desarrollando en su Sección I, las Disposiciones Preliminares del Trabajo Infantil, estableciendo las obligaciones frente a dicho trabajo, la responsabilidad de las autoridades territoriales, la respectiva autorización escrita del Inspector de trabajo para mayores de 14 y menores de 18 años, previa de los padres, y se prohíbe el trabajo de los niños menores de 14 años, y se disponen las condiciones para el trabajo del adolescente indígena. Se establecen las situaciones de amenaza o vulneración de derechos, previas a la autorización del funcionario competente, frente al trabajo del adolescente mayor de 14 años. Se dispone la prueba para demostrar la edad, la prevención y protección contra la explotación y la práctica de trabajos prohibidos, la definición de explotación laboral y los principios de aplicabilidad y favorabilidad.

La sección II, del capítulo en estudio, establece los Derechos y Garantías en Particular, es así como se articula el derecho a la formación para la práctica del trabajo, se establece que la jornada de trabajo del adolescente mayor de 14 años y menor de 18 años, será de 6 horas diarias y treinta y seis a la semana, prohibiéndose el trabajo suplementario después de las 6:00 p.m. y las: 6:00 a.m., derecho a devengar el salario mínimo legal con todas las garantías y prestaciones laborales, tales como el derecho a la seguridad social integral, las prestaciones de salud, la obligación directa por parte de los empleadores de otorgar la seguridad social a los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años en los lugares del territorio nacional donde no exista oferta de servicios de EPS o del ISS, la protección laboral a la maternidad y la garantía especial en relación con el servicio doméstico. Por su parte, la Sección III, del capítulo del Trabajo

Infantil, dispone las prohibiciones especiales, tales como las del servicio doméstico, la restricción al traslado, las actividades especialmente prohibidas, y los trabajos prohibidos.

La Sección IV del Capítulo IV, plantea las Acciones de prevención, estableciendo la competencia en materia de trabajo infantil, la obligación de verificar por parte de las autoridades competentes, las acciones de protección y sus sanciones en caso de incumplimiento, las medidas complementarias, los deberes de los sindicatos y de las organizaciones de empleadores, la capacitación a cargo del SENA, la ubicación laboral del adolescente con discapacidad, la remisión procesal y la asistencia legal al adolescente indígena que trabaja; y por último la Sección V, dispone la Vigilancia, Inspección y Sanciones, incluyendo aquellas sanciones especiales.

## **TITULO II. ACCIONES DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS VULNERADOS**

El capítulo I, establece las Causales de aplicación y el capítulo II, la Competencia y procedimientos en relación con la protección especial a los niños, señalando la gratuidad e intervención de apoderado, el deber de información de toda persona o autoridad que tenga conocimiento de la vulneración o amenaza de los derechos y garantías del niño al defensor de familia del lugar más cercano, la competencia del ICBF, por intermedio del defensor de familia para brindar al niño la protección integral, la apertura de la investigación, la garantía del derecho de defensa, la notificación personal a los representantes legales y la pública del auto de apertura, el término probatorio, la entrevista obligatoria al niño, la comisión para la práctica de pruebas, la decisión por el defensor de familia, el contenido y los efectos de la resolución, la notificación personal de la resolución, así como por edicto,

los recursos de la vía gubernativa que proceden contra la resolución, la oportunidad y trámite de los mismos, la homologación judicial y su correspondiente trámite, el registro de la decisión, la revocación, modificación o terminación de las medidas de protección, con su respectiva competencia y procedimiento y las pruebas y cuotas de sostenimiento del niño durante el proceso por parte del demandante.

El Capítulo III, dispone la Diligencia de allanamiento, estableciendo su procedimiento, la comunicación a los ocupantes, los impedimentos para la diligencia, la prudencia de la misma y el acta de la diligencia de allanamiento. El Capítulo IV, señala las Medidas de protección, estableciendo la correspondiente a los padres o a los miembros de la familia, el deber de accionar por parte del defensor de familia, la práctica de visitas de estas autoridades y la modificación de las medidas de protección.

El Capítulo V, establece la Ejecución de las Medidas, asignando la custodia o cuidado personal, con la constancia de los derechos y obligaciones correspondientes, las sanciones por su incumplimiento, la medida de Colocación Familiar, estableciendo su duración, el acta de compromiso, la responsabilidad del hogar sustituto, el incumplimiento de las responsabilidades dando lugar a la pérdida de la calidad de hogar sustituto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que haya lugar; el aporte para el sostenimiento del niño en el hogar sustituto por parte del ICBF, la vigilancia y sanción por parte de esta institución sobre el aporte, la subrogación alimentaria.

Se dispone y define la medida de ubicación en un medio comunitario o en casa hogar comunitaria, así como la Atención integral del niño en un centro de protección, la Amonestación, las sanciones por incumplimiento. Se consagra el concepto de la adopción, como medida de protección, sus

efectos, el niño adoptable, los casos que requieren autorización, la adopción de un niño indígena, la de mayores de edad, las condiciones del adoptante y las acciones de reclamación en casos excepcionales. El Capítulo VI, establece la Adopción en General, señalando al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central en materia de adopción, se define el programa de adopción, así como también se reglamenta la adopción internacional, la responsabilidad del Estado en dicha materia, la naturaleza de las instituciones autorizadas para desarrollar programas de adopción, se establecen las calidades de los directivos y del personal de dichos programas, la representación del ICBF, en las juntas directivas de las instituciones autorizadas para ejecutar el programa de adopción, la licencia de funcionamiento de dichas instituciones, la responsabilidad de las mismas, la inspección y vigilancia del ICBF a través de los Comités de adopción de las regionales y agencias, las sanciones y la prohibición de pago. Se crea el Comité asesor de adopciones con sus respectivas funciones, los Comités de adopción con su integración. Por otra parte, se establece la demanda de adopción, los requisitos de dicha demanda, los medios de prueba de la convivencia extramatrimonial para los fines de la adopción, los documentos que deben aportar los adoptantes extranjeros, las reglas especiales de procedimiento, la notificación personal de la sentencia que decreta la adopción, la suspensión del proceso, las reglas especiales en el caso de adopción conjunta, el incumplimiento injustificado por parte del juez competente o del defensor de familia, la inscripción de la sentencia de adopción, la segunda instancia, se establece el recurso extraordinario de revisión, se establece la reserva del proceso de adopción, el derecho del adoptado a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar. También se regula la salida del país de un niño adoptado.

## **SEGUNDA PARTE: PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

## **CAPITULO I. Alimentos**

Esta segunda parte, en su capítulo I, nos define los alimentos, señalando los casos en que se extingue dicha obligación, quienes deben alimentos, desde qué momento se deben alimentos, los créditos por alimentos, el derecho del niño a reclamar alimentos, los acuerdos sobre los mismos. Se establece la audiencia de conciliación, el acta de la misma, la prevalencia de dicha acta. Así mismo, se dispone el ofrecimiento de alimentos, la fijación provisional de alimentos, las medidas cautelares en caso de riesgo o violencia familiar o de violación de los derechos fundamentales, la revisión de la cuota alimentaria, la legitimación para demandar alimentos, el procedimiento, la demanda de alimentos y su admisión, el decreto de los alimentos provisionales, el término de la contestación de la demanda, la audiencia de trámite, su desarrollo, los alegatos de conclusión y la sentencia, el registro de la audiencia, la verificación de ingresos, la constitución de capital; así como los indicios y la presunción de ingresos.

Se dispone el trámite ejecutivo, y las medidas de oficio o a solicitud de parte desde la admisión de la demanda y durante el proceso, la concurrencia de embargos para la fijación de cuota alimentaria, la continuación de la obligación alimentaria, las prohibiciones especiales, la compensación de las pensiones alimenticias, las facultades especiales promovidas por el defensor de familia, la ejecución de las obligaciones derivadas de la obligación alimentaria cuya competencia será de los jueces de familia o promiscuos de familia del lugar del domicilio del menor, mediante el trámite del proceso ejecutivo en mínima cuantía, señalado en el C. de P. C., el incumplimiento a suministrar alimentos y su respectiva consecuencia. También se establece la reclamación de alimentos cuando el obligado reside en el exterior. El Capítulo II, nos señala Del niño que carece de representante legal, estableciendo la competencia para

gestionarla, correspondiéndole al Defensor de Familia, abogando siempre por la protección de los derechos del niño. El Capítulo III, establece las normas Del niño amenazado en su patrimonio por quienes lo administran, disponiendo la remoción del administrador, la suspensión del mismo y el riesgo por desacuerdo entre los padres.

El Capítulo IV, De los permisos para salir del país, nos señala los documentos para las autoridades de emigración, el permiso de los representantes del menor, el permiso de plano otorgado por el defensor de familia, el permiso administrativo, la solicitud del permiso, el trámite del mismo, la oposición durante el trámite, la decisión por parte del defensor de familia, la información del permiso, su vigencia y la autorización judicial.

El Capítulo V, dispone la Restitución internacional de niños, en cabeza del ICBF, como autoridad central, se establecen las formalidades para la restitución, así como los requisitos de la solicitud. De igual manera, se establece el trámite, la audiencia de conciliación, el alcance de la decisión como acto administrativo que ordena la restitución internacional del niño, la prescripción de la acción. Y por último se establece la restitución de niños que se encuentran en el exterior, por intermedio del ICBF

## **TERCERA PARTE: ORGANISMOS DE PROTECCION DEL NIÑO Y LA FAMILIA**

### **TITULO I. SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR**

Este título, establece la naturaleza del bienestar familiar como un servicio público a cargo del Estado, define dicho sistema, la conformación del mismo y el órgano coordinador. En su Capítulo I, establece el ¿Sistema Nacional Unico de Información sobre Niñez¿, creando dicho sistema a cargo del ICBF,

el deber de las autoridades territoriales de mantener actualizado dicho sistema.

**EI TITULO II, trata del DEFENSOR DE FAMILIA**, establece su naturaleza como autoridad administrativa ejercida por un servidor público de carrera, adscrito al ICBF, se señalan las calidades para ser defensor, sus funciones generales, la distribución de funciones reglamentando el ICBF, la estructura y el funcionamiento de las defensorías, la conformación de las mismas, las decisiones proferidas mediante resoluciones y autos, con la interposición de recursos y por último, los impedimentos y recusaciones aplicables al defensor de familia.

### **EI Título III, COMISARIAS DE FAMILIA**

Nos señala la misión de las Comisarías de Familia, su reglamentación, la gratuidad del servicio, las calidades que debe tener el comisario de familia, sus funciones, las sanciones y el incumplimiento de las medidas de protección.

### **EI TITULO IV, POLICIA JUVENIL**

Nos señala la policía juvenil, como cuerpo especializado de la Policía Nacional, los requisitos del personal de la policía juvenil, la formación y capacitación, funciones, la coordinación especial con el ICBF, y las prohibiciones a las actuaciones de la policía juvenil.

### **EI TITULO V, MINISTERIO PUBLICO**

Se fijan las funciones, fijadas por la Constitución Política y la ley.

## **EI TITULO VI, COMITE NACIONAL PERMANENTE DE LA DISCAPACIDAD**

Se establece el objeto del comité nacional, la integración del mismo, las funciones y los programas de las cajas de compensación familiar.

## **CUARTA PARTE, DISPOSICIONES ESPECIALES**

**EI TITULO I, RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION**, establece además los deberes especiales de los medios de comunicación, las prohibiciones especiales, las restricciones en los horarios infantiles para los medios de comunicación, normas especiales en los programas infantiles educativos y recreativos, los espacios educativos, las atribuciones del Ministerio de Comunicaciones desarrollando campañas entre los medios de comunicación, en torno a la función social en materia de niñez, las sanciones por solicitud directa del defensor de familia impuestas por el Ministerio de Comunicaciones. Se establece la acción pública y control social de los medios, la responsabilidad solidaria, las prohibiciones especiales y sanciones respecto a la venta o suministro al niño de revista o material pornográfico.

**EI TITULO II, PROHIBICIONES Y OBLIGACIONES**, establece la prohibición de entradas de niños a salas, teatros donde se presenten espectáculos con clasificación para mayores de edad, así mismo se establecen sanciones para los propietarios del establecimiento o responsable de la explotación con multa de 30 a 300 smld y la suspensión de la licencia de funcionamiento en caso de reincidencia. También se prohíbe la entrada a salas de juego de suerte y azar a los menores de 14 años. Se prohíbe la venta de bebidas alcohólicas, cigarrillos y cualquier otro producto derivado del tabaco a menores de 18 años de edad y su ingreso a sitios de diversión donde se presenten espectáculos que atenta contra su integridad moral o su salud

física o mental. Así mismo se prohíbe la venta y anuncio de estos productos en sitios donde ingresen menores de 18 años. Se limita el muestrero y la publicidad, los avisos para menores de edad, para la exhibición de los productos mencionados. De tal manera que el incumplimiento de estas medidas, dará lugar a las sanciones establecidas en esta ley.

En este mismo título se disponen, las sanciones y agravantes por la expulsión del hogar al hijo menor, se establece obligaciones de entrega del niño extraviado, la protección a niños colombianos en el extranjero.

**EI TITULO III, ¿DE LAS SANCIONES?**, establece los límites, renuencia establecida por el defensor de familia, aparte de las multas impuestas, la destinación de los dineros recaudados por concepto de las multas contempladas en el presente proyecto de ley, el carácter de mérito ejecutivo que tienen las multas y el trámite de los recursos que se surten ante el ICBF.

**EI TITULO IV, ¿DISPOSICIONES FINALES?**, nos señala la jurisdicción de familia competente, las reglas de interpretación y aplicación sustancial y procesal, y la vigencia y derogatorias de la presente ley.

**COMISION SEPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA**

Bogotá, D. C., a los tres (3) días del mes de mayo del año dos mil tres (2003).

*Gaceta del Congreso de la República.*

Anexo C. Extractos proyecto de ley para la reforma del código del menor

