LA PONDERACIÓN Y LOS ACTOS DE HABLA COMO HERRAMIENTAS HERMENÉUTICAS APLICADAS POR LAS ALTAS CORTES EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

HENRY CEPEDA RINCÓN

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2011

LA PONDERACION Y LOS ACTOS DE HABLA COMO HERRAMIENTAS HERMENÉUTICAS APLICADAS POR LAS ALTAS CORTES EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

HENRY CEPEDA RINCÓN

TRABAJO DE PROFUNDIZACIÓN
PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

DIRECTOR
EDUARDO JOSÉ TALAVERA

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2011

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN 10

1. PONDERACIÓN Y ACTOS DE HABLA. IDEAS PARA UN EJERCICIO DE INTERPRETACIÓN. 13
1.1 INTERPRETAR Y PONDERAR 13
1.1.1 Elementos de la ponderación 14
1.1.2 La ley de la ponderación 17
1.2 LAS NORMAS EN EL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN. 20
1.2.1 Identificar el derecho no es interpretarlo 22
1.2.2 Enunciados no descriptivos 24
1.2.3. Las normas jurídicas como actos ilocutivos. La clasificación de Austin. 25

2. EL DERECHO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 30
2.1 FUENTES DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES 30
2.2 CONCEPCIONES DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 33
2.2.1 Situación de irregularidad. 33
2.2.2 Protección Integral. 34
2.3 CONTEXTUALIZACIÓN DE LA LEY 1098 DE 2006. 37
2.3.1 Objeto y finalidad del código de la infancia y la adolescencia. 38
2.4 DE LAS MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS Y DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS 40
2.4.1 Concepto 40
2.4.2 La familia y proceso administrativo de restablecimiento de derechos 41
2.4.4 Procedimiento cuando se evidencia vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes 42
2.5.2 Competencia Subsidiaria. 47
2.6 MEDIDAS ESPECÍFICAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. 47
2.6.1 Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. 48
2.6.2 Vinculación a programas de atención especializada 49
2.6.3 Ubicación inmediata en medio familiar 50
2.6.4 Hogar de paso 51
2.6.5 Hogar sustituto. 52
2.6.6 Hogar gestor. 53

2.6.7 Hogar Amigo 53
2.6.8 Ubicación en Centro de Emergencia 54
2.6.9 La adopción. 55
2.7 TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS 56
2.7.1 Asunto Conciliable. 56
2.7.2 Trámite de la Conciliación. 56
2.7.3 Trámite sin Conciliación 56
2.8. PERIODO PROBATORIO. 57
2.8.1 Facultades de comisionar pruebas 57
2.8.2 Entrevista con el niño, niña o adolescente 58
2.8.3 Traslado de pruebas 58
2.8.4 Cierre de la etapa probatoria 58
2.9 RESOLUCIÓN DE LA FASE ADMINISTRATIVA 59
2.9.1 Fallo. 59
2.9.3 Resolución de declaratoria de vulnerabilidad con cambio o confirmación de la medida. 61
2.9.4 Resolución que declara la adoptabilidad del niño, niña o adolescentes. 61
2.9.6 Procedimiento de reintegro y responsabilidad de los operadores, cuando se ubica en Hogar Gestor. 62
2.9.7 Carácter transitorio de las Medidas. 66
2.9.8 Seguimiento a las Medidas. 66
2.9.9 Ruta de Atención. 67
2.10 NIÑOS Y NIÑAS MENORES DE 14 AÑOS PERTENECIENTES A LOS GRUPOS ÉTNICOS 68
2.11.1 Medida por flagrancia 70
2.11.2 Remisión por el juez, el fiscal u otra autoridad. 72
2.11.3 Cuando el niño o la niña se entregue de manera voluntaria 72
2.11.4 Cuando se formule denuncia o querella ante la Policía en contra del niño o niña 73

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DESDE LA PONDERACIÓN Y LOS ACTOS DE HABLA 75
3.1 HECHOS SENTENCIA T-572 DE 2009. (CASO FLORIDABLANCA SANTANDER) 75
3.2 LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA 79
3.3 LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 82
3.4 HECHOS SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (CASO CÁRCEL MODELO DE BUCARAMANGA) 84
3.5 LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA 86
3.6 LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 88

4. CONCLUSIONES 91

BIBLIOGRAFÍA 96
BIBLIOGRAFÍA, NORMAS Y SENTENCIAS COMPLEMENTARIAS 99

RESUMEN

TÍTULO: LA PONDERACIÓN Y LOS ACTOS DE HABLA EN LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA*

AUTOR: HENRY CEPEDA RINCÓN**

PALABRAS CLAVES: LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA, OPERADORES ADMINISTRATIVOS, OPERADORES JURÍDICOS, PONDERACIÓN, ACTOS DE HABLA, ROBERT ALEXY, JOHN AUSTIN, HERMENÉUTICA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CORTE CONSTITUCIONAL.

DESCRIPCIÓN

La ley de infancia y adolescencia propende por la realización efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, los operadores administrativos y jurídicos que tienen competencia sobre las medidas de protección que dicha legislación comporta a menudo realizan un aplicación exegética de la norma que termina por minar los derechos de la ley pretende proteger. Se propone, entonces, que ciertas herramientas de la filosofía del lenguaje y de la filosofía del derecho, como son las teorías de los actos de habla de John Austin y la teoría de la ponderación de Robert Alexy, sean utilizadas como herramientas hermenéuticas que permitan orientar adecuadamente las medidas de modo que se privilegie una aplicación de las mismas acorde con la Constitución Política de Colombia. Estos criterios hermenéuticos han sido usados explicita e implícitamente en la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia y de la Corte Constitucional Colombiana. Con seguridad, son muchos los problemas que enfrenta nuestro país en cuanto a la desprotección de su población (incluida la de los menores), y, por tanto, sería un absurdo monumental agregarle otro que emerja de la falta de dispositivos para interpretar a favor de esa misma niñez los derechos que el Estado debe ampararles por la vía jurisdiccional. La aplicación de las normas jurídicas especiales en materia de menores es un requisito indispensable para que las demandas de justicia sean atendidas adecuadamente, pero la sujeción acérrima a la literalidad de dichas normas es una forma de injusticia.

* Tesis de grado

** Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Director. Eduardo José Talavera Carrascal

ABSTRACT

TITLE: THE PONDERATION AND SPEECH ACTS IN THE LAW OF CHILDHOOD AND ADOLESCENCE*.

AUTHOR: HENRY CEPEDA RINCÓN**

KEY WORDS: LAW OF CHILDHOOD AND ADOLESCENCE, ADMINISTRATIVE OPERATORS, LEGAL OPERATORS, PONDERATION, SPEECH ACTS, ROBERT ALEXY, JOHN AUSTIN, HERMENEUTICS, POLITICAL CONSTITUTION, JUSTICE SUPREME COURT, CONSTITUTIONAL COURT.

DESCRIPTION

The law of childhood and adolescence tents for the effective realization of the children and adolescences rights. However, the administrative and legal operators who have competence over the protection measures that such legislation involves often perform an exegetical application of the law that ends up undermining the rights that the law pretends to protect. It proposes that certain tools of the philosophy of language and philosophy of law, as are the theories of speech acts by John Austin and the theory of ponderation by Robert Alexy, be used as hermeneutical tools that allow an appropriated guide of the measures so that it privileges an application of them according with the Constitution of Colombia. These hermeneutical criteria have been used explicitly and implicitly in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice and the Colombian Constitutional Court. Surely there are many problems facing our country in terms of protecting its population (including the minors), and therefore would add another monumental nonsense that emerges from the lack of devices to make a interpretation for children the same rights that the State should protect them through the courts. The application of special rules of law relating to minors is a prerequisite for the demands of justice are adequately addressed, but the staunch attachment to the letter of these rules is a form of injustice.

* Thesis of degree

** School of Law and Political Science, Mastery in Juridical Hermeneutics and Law, The Director Eduardo José Talavera Carrascal

INTRODUCCIÓN

Tratándose de derechos humanos, los de los niños, niñas y adolescentes, ocupan preponderante lugar en la construcción de los sistemas sociopolíticos Santandereanos. Construcción que está mediada por la forma de aplicación de las normas que contienen tales derechos, sean legales o constitucionales. Ello justifica el esfuerzo invertido en desplegar un trabajo analítico acerca de la aplicación de las técnicas usadas para valorar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en aras de protegerlos a través del restablecimiento de los mismos.

Precisamente, en aplicación de la ley 1098 de 2006, se retoman las políticas de restablecer los derechos de niños, niñas y adolescentes enfrentados a la ponderación que de cada uno de ellos debe hacer el operador del sistema (funcionario administrativo y judicial), partiendo del entorno que lo cualifica y de los recursos que instituciones como la familia, la sociedad -escuela- y el Estado aportan.

La conceptualización de esos derechos ha tenido distintas etapas en el derecho colombiano y han sido tratados de diversas maneras desde el segundo decenio del siglo pasado, siguiendo en parte las normas laborales y las declaraciones internacionales que reconocen a ese grupo etario como fundamental para la prosperidad de la humanidad, pero no se ha logrado interpretar armónicamente esos derechos pues en cada operador de justicia la carga emotiva y la formación cultural o la tradición institucional conlleva a una práctica distinta que requiere ser morigerada y estandarizada a través del trabajo hermenéutico del operador quien finalmente es el *Director del Proceso* que define cómo restablecer los derechos y escoge la medida que sea adecuada para ello.

A esa colosal tarea interpretativa es a la que debe responder el hermeneuta cuando avizora que el choque entre valores morales y normas jurídicas, sean ellas reglas explicitas o principios difusos, conduce indefectiblemente al sacrificio de unos en detrimento de otros. El asunto que se plantea es particularmente difícil porque los derechos que debe ponderar el operador administrativo o judicial ponen en juego bien sea la estabilidad familiar o los derechos de los niños y ocurre a menudo que cuando se privilegia los derechos del menor se rompe la estabilidad familiar y ello conmina, de suyo, un nuevo deterioro a los derechos del menor. Por supuesto que no existen soluciones mágicas y definitivas que describan formulas salomónicas. No obstante, es preciso acudir a herramientas conceptuales que permitan analizar las variables implicadas en una situación problemática para

procurar que las medidas a implementar satisfagan los valores que resulten más plausibles.

Las herramientas hermenéuticas que nos presta la filosofía del lenguaje y la filosofía de derecho en este trabajo son puestas a interactuar de un lado, con la normatividad que rige en nuestro país en materia de niños, niñas y adolescentes, y de otro lado, con las decisiones de los operadores encargados de su materialización. El análisis de dos jurisprudencias de las altas cortes nos permite identificar la manera en que ellas acuden a las herramientas hermenéuticas cuando los casos son particularmente difíciles.

La aplicación de las normas jurídicas especiales en materia de menores es un requisito indispensable para que las demandas de justicia sean atendidas adecuadamente, pero la sujeción acérrima a la literalidad de dichas normas es una forma de injusticia. Hemos estructurado esta idea en tres capítulos seguidos de unas reflexiones conclusivas: El primero nos enseña dos herramientas hermenéuticas que la filosofía del derecho y del lenguaje contemporáneas proporcionan para un ejercicio interpretativo que tenga en cuenta algo más que la literalidad de la norma jurídica: la teoría de la ponderación, del profesor Robert Alexy y la teoría de los actos de habla de John Austin; un segundo capitulo esta dedicado a la contextualización normativa de los derechos de los niños: en él se realiza una descripción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de las posibilidades de acción de los operadores de justicia; el tercer capítulo identifica como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia acude a dichas herramientas hermenéuticas para orientar sus decisiones: La primera técnica, la de la ponderación, es acogida por la Corte Constitucional para superar positivamente la colisión de derechos de la misma persona y aplicar normas de una misma categoría, que es lo que finalmente debe hacer el juez de Familia y, excepcionalmente, el operador de Infancia y Adolescencia cuando debe resolver un caso que afecte los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En tanto la segunda técnica, la de los actos de habla, es observada implícitamente por la Corte Suprema de Justicia quien reconoce que la mera exegesis normativa no permite la materialización de la justicia, porque las normas, en cuanto actos de habla, son emitidas dentro de un contexto y unos presupuestos que les confieren sentido. Si dicho contexto es omitido la aplicación de la norma es injusta.

Las sociedades democráticas contemporáneas requieren asumir sus sistemas normativos de una manera reflexiva, ponderando las situaciones en sus particularidades, so pena de convertir la ley en una fría jaula de hierro.

A esta tarea es preciso dedicar ingentes esfuerzos puesto que la sobredemanda que existe tanto en los despachos judiciales, como en las oficinas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en sus dependencias, como las Defensorias de Familias, en las comisarias de familia, y aun en el Ministerio Público en general, generan decisiones que desconocen el contexto de las personas a que se dirigen y que se toman mecánicamente, inclusive en desmedro de los derechos que deben garantizar. No obstante, en la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia hemos podido identificar un tipo de reflexión que procura aplicar criterios hermenéuticos para salvar positivamente la colisión de principios, que ha menudo ocasiona decisiones desafortunadas.

1. PONDERACIÓN Y ACTOS DE HABLA. IDEAS PARA UN EJERCICIO DE INTERPRETACIÓN.

1.1 INTERPRETAR Y PONDERAR

La teoría de la ponderación del filósofo del Derecho Alemán Robert Alexy ha sido un referente importante en el derecho constitucional colombiano. Robert Alexy ha sido uno de los autores más referidos por la Corte Constitucional colombiana cuando procura explicar por qué y cómo el juez debe, en ocasiones especiales, sacrificar algunos derechos cuando estos entran en colisión con otros[1]. En lo que sigue se examinará uno de los conceptos más importantes de este autor, el de la ponderación, del cual nos serviremos luego para analizar una sentencia proferida por la Corte Constitucional sobre la aplicación de instituciones jurídicas propias de la ley de infancia y adolescencia.

Ponderar, en sentido estricto, es determinar el peso de algo[2]. Esta acepción del término resulta particularmente relevante para la comprensión de la teoría de la ponderación de Robert Alexy. En efecto, ponderar implica determinar en caso de un conflicto normativo cual de las normas en colisión resulta prevalente. Ahora bien, ponderar la prevalencia de un principio jurídico sobre otro es, por antonomasia, una labor hermenéutica en cuanto implica interpretar el peso relativo del principio que reclama su reconocimiento frente al principio que debe ser intervenido.

La ponderación es una de las dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica. La otra es la Subsunción que consiste, básicamente, en el ejercicio de tipificación de los hechos para acomodarlos dentro de una norma jurídica. La subsunción es menos problemática porque considera, en términos sencillos, que

[1] CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIAS T-693 de 2010, T-901 de 2010, T-745 de 2010, T697 de 2010, T 562 de 2009 en las cuales la corte constitucional realiza ejercicios de ponderación que citan la obra de Alexy.

[2] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vease la definición disponible en internet: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=poderar. recuperada el 12 de Mayo de 2011 a las 12:00 m

el derecho está constituido exclusivamente por reglas bien determinadas.[3] Esta visión del derecho indica dos cosas: en primer lugar que el derecho está compuesto por un conjunto de normas claras y en segundo lugar que todas esas normas tienen una estructura condicional hipotética[4]. De modo que el único ejercicio jurídico, al tenor de tal postura, es el de subsumir el caso particular dentro cualquier regla definida por el derecho. Ahora bien, en el análisis de Alexy el derecho no solo está constituido por reglas sino que existen otras normas que no tienen ese carácter hipotético sino que son mandatos de optimización, son nortes de orientación del estado constitucional, los principios. Estas normas de optimización, mantienen una redacción abstracta pero ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. En cuanto la materialización de dichos mandatos generales se constituye en una forma de hacer conmensurable el avance del Estado hacia el cumplimiento de sus fines misionales, será indiscutible la necesidad de hablar acerca de la aplicación de dichos principios, la ponderación.

1.1.1 Elementos de la ponderación

Para entender los elementos inmersos en un ejercicio de ponderación es necesario comprender la diferencia entre reglas y principios jurídicos: las reglas son normas que ordenan algo definitivamente; a diferencia suya, los principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, dicho de otro modo: son mandatos de optimización[5]. Las reglas se cumplen o no se cumplen, los principios, en cambio, pueden ser cumplidos en diferentes grados que dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas[6]. No obstante, los principios exigen la máxima realización posible[7].

---

[3] ALEXY, Robert, *La fórmula del peso* en *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 15.

[4] BERNAL Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 97.

[5] ALEXY, Robert. *Tres Escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 95 y ss.

[6] ALEXY, Robert, *La fórmula del peso* en *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Op cit., p. 16

[7] Ibid., p. 17

El ejercicio de ponderación implica la valoración de un principio jurídico que debe ser vulnerado o intervenido para dar cumplimiento a otro principio que requiere ser satisfecho. Por lo cual, manifiesta Alexy, la ponderación en cuanto ejercicio racional pude dividirse en tres pasos: en primer lugar, es necesario definir **el grado de afectación** o no afectación del primer principio; en segundo lugar, es necesario definir **la importancia de satisfacer el principio que entra en colisión**, y; finalmente, debe definirse si la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o no satisfacción del primero[8].

En este orden de ideas, es palmario que los principios son los elementos sobre los cuales se realiza el ejercicio mismo de la ponderación y que su afectación o satisfacción son los indicadores que hacen de la ponderación un ejercicio racional en cuanto implica pensar en la posibilidad de que dicha afectación o satisfacción sea conmensurable. El problema de la conmensurabilidad de los principios constitucionales es complejo en sí mismo. No obstante, lo que resulta cierto es que o los principios y su afectación son conmensurables o la discusión racional sobre la interpretación de la prevalencia de los mismos habrá, necesariamente, llegado a su fin[9]. Alexy dice que debe existir un punto de vista de la constitución y una escala de afectación o importancia de satisfacción de un principio, como manera de resolver las críticas a la idea de que la ponderación es un ejercicio caprichoso[10]. Podemos entender el punto de vista de la constitución como un acuerdo consolidado de los intérpretes constitucionales, mientras que la escala de afectación e importancia es, en sí misma, un ejercicio vivo de interpretación. De todas maneras, este problema merece una investigación autónoma por cuanto la ponderación debe ser entendida como un ejercicio racional más que como un ejercicio arbitrario pues, hoy, como lo manifiesta Alexy, la ponderación es un ejercicio medular en la aplicación del derecho.

Podemos pasar de los elementos de la ponderación a la definición de la ponderación misma, para lo cual nos serviremos de la definición de Bernal:

---

[8] Ibid., p.15.

[9] Ibid., p.25-50

[10] Ibid., p. 25 y ss. Cfr. la *Escala tríadica* en donde aparecen la afectación o vulneración de un principio, de un lado y la importancia de la satisfacción del otro, de otro lado, en tres niveles: leve, medio y grave.

> "La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan *"que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*" [11]

Queda claro que, a diferencia de las normas de aplicación directa, las relacionadas con la ponderación son de optimización, es decir, estipulan que algo debe hacerse en la mayor medida posible, por ejemplo, cuidar de la identidad de las personas puede en algunas ocasiones ser una norma de esta naturaleza, como sucede en el caso de niños que pertenecen a comunidades indígenas en tanto grupos con una identidad fuerte claramente definida.

Así, pues, los valores y los principios son consustanciales a la ponderación, pues ellos indican una condición de lo que debe tomarse como preferible, es decir, de aquello que se tiene como un mandato al que se debe ceñir una decisión. Por lo general también, estos valores y principios se encuentran en las cartas fundamentales y en los tratados internacionales y versan, en especial, sobre derechos fundamentales.

La discusión entre normas y principios es consustancial al tema de la ponderación. Consideradas las primeras con un nivel de precisión superior a los segundos, se ha creído entonces que los segundos no son propiamente integrales a un ordenamiento jurídico, o que no son, por lo menos, del tipo de mandatos que sirven para decidir un caso en términos de sí o no.

También se ha dicho que los principios gozan de una vaguedad tal que puede prestarse a interpretaciones muy diversas. (Al inicio del siguiente acápite ahondaremos en esta cuestión). Con todo, lo cierto es que en nuestro derecho, los jueces deben decidir en muchas ocasiones cuestiones en las que es necesario claudicar un derecho en pro de otro, según podremos ver en el tercer capítulo, y que sin este ejercicio de ponderación sería imposible resolver situaciones en las que dos derechos entran en colisión.

---

[11] BERNAL P. Carlos Estructura y Limites de la ponderación, en Revista DOXA N° 26, disponible desde internet en: http://www.google.com.co/url?sa=t&source=web&cd=2&ved=0CBgQFjAB&url=http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/estructura-y-lmites-de-la-ponderacin-0/&rct=j&q=estructura%20y%20limites%20de%20la%20ponderacion&ei=NfjOTem0INS_tgfn85CSDg&usg=AFQjCNGozJxvpPFoI_Z3N76x0XwDLyVYQw&cad=rja [con acceso el 15-02-2011]

Para una mejor comprensión de cómo opera la ponderación, veamos el desarrollo de este concepto.

1.1.2 La ley de la ponderación

Alexy describe la ley de la ponderación de la siguiente manera: "*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"*[12].

Planteada la ley de la ponderación es evidente que la definición de la satisfacción o afectación de los principios encontrados requiere, inicialmente, dos momentos discursivos: la definición del grado de afectación del primer principio y la definición de la importancia del segundo. El tercer momento o paso de la ponderación, como ya apuntábamos, es verificar si la importancia otorgada al segundo principio es suficiente para que resulte justificada la intromisión del primero[13].

El primero y el segundo paso de la ponderación son idénticos. En ambos casos, el ejercicio consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción -del primer principio- y de importancia en la satisfacción -del segundo principio-. Dicho de otra manera, cuando dos principios se enfrentan es necesario pensar en el grado en que ambos resultan afectados puesto que no pueden permanecer incólumes ante un caso concreto. Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala de tres intensidades: El grado de afectación de un principio en un caso determinado puede ser "leve", "medio" o "grave". Así, por ejemplo, "la afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse sólo como media o leve"[14].

---

[12] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. 1a ed. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 2002. p. 149

[13] Ibid., p. 32

[14] BERNAL Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Op. Cit., p. 100.

Ahora bien, **el grado de afectación de los principios** que entran en colisión en el caso en particular no es la única variable relevante para determinar si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero, en el tercer paso. El "peso abstracto" de los principios relevantes es otra variable a incorporar en el ejercicio de la ponderación.

La variable del peso abstracto, como dice Alexy, se funda en el reconocimiento de que en ocasiones uno de los principios puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad, a pesar de que se trate de principios que tiene la misma jerarquía constitucional[15]. Así, "por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario tener vida"[16]. En diversos países en ocasiones se ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana.

A lo anterior se agrega una tercera variable referida a la **seguridad de las apreciaciones empíricas**, que llamaremos variable (**S**), acerca de la afectación que la medida examinada en el caso concreto introduce en los principios constitucionales relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas, relativas a la afectación de los principios en colisión, pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así, por ejemplo, "la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico"[17].

---

[15] ALEXY, Robert, *La fórmula del peso* en *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Op. Cit., p. 35

[16] BERNAL Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Op. Cit., p. 100.

[17] Ibid., p. 101.

Ahora bien, cómo se relacionen los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, con la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, la importancia de la satisfacción del principio contrario es un asunto un poco más complejo, en cuanto implica la verificación puntual del peso de cada una de las variables relevantes. Este tipo de relación puede presentarse en términos formales del siguiente modo:

Tenemos un principio que debe ser restringido (Pi) y otro principio que reclama ser satisfecho (Pj). La restricción de Pi, así como la satisfacción o importancia de Pj, puede ser pensada en una escala tríadica: leve, medio, grave "l", "m" o "g", y podemos asignar un valor numérico a dicha escala: l=1; m=2; g=3. Tendremos que pensar que la determinación del peso concreto de un principio enfrentado se da en la verificación de la diferencia entre la intensidad de la intervención o restricción de dicho principio, que, siguiendo a Alexy, hemos llamado Pi, menos la importancia de la satisfacción de Pj[18]. Tenemos que la ponderación de dos principios se puede notar aritméticamente así: Pi-Pj = prevalencia de Pi o de Pj según el valor asignado a cada principio.

Si pensamos en un caso particular en que restringir Pi sea g mientras que satisfacer Pj sea m tenemos una formula aritmética que resuelve el problema mismo de la ponderación: Pi-Pj será igual a g-m que puesto en cifras será 3-2= 1 de donde se sigue que la satisfacción de Pi es preferible frente a la importancia de Pj por cuanto el resultado es positivo.

Consideremos el caso contrario, donde la importancia de Pi sea "l", mientras que la restricción de Pj sea "g". Tendremos: Pi-Pj = 1-3= -2 de donde se debe colegir que deberíamos darle satisfacción a Pj para evitar dicho resultado negativo. El modelo aritmético al que hemos aludido es útil en le medida en que es sencillo y puede ser comprendido fácilmente. No obstante, su fuerza depende de que, en efecto, una intervención en un principio constitucional pueda calificarse de leve, media o grave y que de esa misma manera pueda graduarse la importancia que tiene satisfacer el principio que pugna. Depende, como ya afirmábamos, de que sean posibles tales escalas. Una crítica sobre la plausibilidad de dichas escalas se ha manifestado en buena parte del pensamiento iusfilosofico contemporáneo. Habermas, por ejemplo, considera que la ponderación se aplica de "manera arbitraria e irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está

[18] ALEXY, Robert, *La fórmula del peso* en *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Op. Cit., p. 35

acostumbrado”[19]. Lo que resulta cierto, de todas maneras, es que la afectación o importancia de un principio resulta determinada por nuestra interpretación previa del valor de los principios en pugna, pero esto no implica que la ponderación misma no sea un ejercicio racional, sino que parte de nuestras premisas sabidas y aceptadas.

Resolver el estatus epistemológico de la conmensurabilidad de la afectación o satisfacción de principios es un problema que escapa por lo pronto a los intereses de este trabajo. Más bien, quedan los elementos expuestos hasta el momento para tenerlos en cuenta en el ejercicio de ponderación que se realizará en el capítulo tres; en especial, interesa mostrar que en la base de los elementos empíricos que deben tenerse en cuenta para resolver un caso por la vía de la ponderación, los hechos que den cuenta de la desprotección infantil deben ser tan contundentes que permitan tomar medidas drásticas como la de separar a un niño del seno de su familia. No tener en cuenta esta variable no permite realizar una correcta ponderación y, además, conduce a actos de injusticia que luego, por vía de tutela, debe corregir la Corte Constitucional. Pasemos, ahora, al concepto de actos de habla, según habíamos prometido páginas arriba.

1.2 LAS NORMAS EN EL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA INTERPRETACIÓN.

Una de las tareas de la ciencia jurídica es describir el sentido de las normas, es decir, interpretar los enunciados que expresan esas mismas normas en el ámbito del derecho. Esto también quiere decir que la ciencia jurídica es descriptiva y que, en ese mismo sentido, tal descripción obedece a la necesidad de esclarecer la multiplicidad de significados que ellas pueden tener al momento de buscar aplicarlas a un hecho determinado. Pero esta interpretación debe ser más que un ejercicio racional que establece un vínculo entre el legislador y el operador administrativo o judicial, debe incluir, necesariamente a otros sujetos que guardan una relación estrecha con la aplicación de la ley. Sobre este vinculo AARNIO argumenta que: “En la interpretación jurídica no es solo significativa la relación entre quien dicta el texto y quien lo interpreta. También se tiene que tomar en cuenta la relación del interprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica”[20]

[19] HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998. p. 332

[20] AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*. Ensayos sobre filosofía del Derecho. Mexico: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000. p. 12

Por el momento, la distinción entre regla y norma se escapa a esta discusión, si bien es preferible dejar la primera expresión para los usos del derecho y la segunda para lo que algunos filósofos llaman reglas del lenguaje. Con todo, como tendremos la oportunidad de mostrar, ambos términos pueden acercar sus significados en contextos específicos: por ejemplo, una norma de procedimiento legal es también una regla a seguir, de modo que su no aplicación conduciría a una vía de hecho. (Más adelante mostraremos también cómo puede comprenderse que una vía de hecho es el resultado de no acatar un procedimiento lingüístico). Como sostiene Wittgenstein, "una regla está ahí como un indicador de caminos"[21]; es decir, para señalar los pasos a seguir en determinado momento y circunstancias si no se desea que la meta a la cual ese mismo camino conduce no se alcance.

Pero considerado el derecho en una de sus acepciones más generalizadas, esto es, como conjunto de normas o como sistema normativo, caben por lo menos las siguientes precisiones. Por un lado, es posible pensar que dentro de las normas mismas haya otros elementos que también son prescriptivos o que pueden no serlo, por ejemplo, principios, definiciones, conceptos, valores, etc., y hasta cabe la discusión, muy acentuada en esta época, de que hay o debe haber una jerarquía entre todas esta posible normatividad dejando en un lugar superior a los principios de optimización, como ya se dijo, los cuales no son necesariamente taxativos pero que igualmente pueden desplazar una norma expresa del derecho[22]. Por otra parte, se discute también el origen de esas mismas normas, en el sentido de configurarlas como hechos sociales, regularidad de conductas que luego se trasvasan a un texto, ideales de conducta etc. Kelsen, por ejemplo, nos trae esta definición:

> "El derecho... es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano. Con la palabra 'norma' se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera"[23].

---

[21] WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas.* 2ª ed. Trad. A. García **y** U. Moulines, trads., Barcelona y México: U.N.A.M –Instituto de investigaciones Filosóficas/Crítica, 2a ed. 2002. p. 105.

[22] ALEXY, Robert, *La fórmula del peso* en *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Op. Cit., p. 16.

[23] Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho.* México: Trad. R.J. Vernengo. U.N.A.M., 1983. p. 18 y 19

De cualquier modo, sin importar la génesis que se le atribuya a esta cuestión, lo que sí parece cierto, en cualquiera de estos casos, es que las normas son en general expresiones del lenguaje que muchas veces requieren ser interpretadas. Pero, además, y en este mismo sentido, las normas indican aquello que se debe hacer o puede hacer en cada caso y muy especialmente también hacen referencia al modo como ellas se deben ejecutar y a los sujetos que deben realizar esas ejecuciones. En resumen, para nuestro caso, podemos decir que una norma es una expresión llevada al lenguaje que requiere de ciertas condiciones para su ejecución, por ejemplo, de unos ritos o procedimientos.

1.2.1 Identificar el derecho no es interpretarlo

No basta con poder identificar el derecho en el conjunto de normas divulgadas por los diarios oficiales encargados de esta labor. Si eso no fuera así, la ponderación, a la que aludimos anteriormente, no tendría ningún sentido. Es verdad que tal inspección es necesaria, como también lo sería indagar los debates legislativos que les dieron origen, pues muchas veces aquí se pueden encontrar los argumentos de peso sobre los cuales esas normas se construyeron[24].

En este sentido, resulta apropiada la definición de derecho que aporta SORIANO: "el derecho es un instrumento de ordenacion social que exige una comunicación entre el legislador y los simples ciudadanos en torno a unas materias que en ocasiones resultan inevitablemente complejas"[25] esa complejidad que revisten a menudo la instituciones jurídicas requiere un esfuerzo especial orientado a desentralñar el sentido mismo de la legislación. La Corte Constitucional, por ejemplo, y respetando la intención del legislador, encuentra muchas veces los sentidos de una norma a partir de consideraciones externas a las mismas, sin lo cual, a su vez, sería imposible interpretar un caso concreto para su respectiva solución.

También resulta instructivo en muchas ocasiones conocer los pronunciamientos de las corporaciones encargadas de controlar la constitucionalidad de una determinada normativa, así como el alcance de ciertos principios generales

---

[24] DU PASQUIER, Claude: *"Introducción al Derecho".* Editorial Jurídica Portocarrero S.R.L. 5ta edición. Traducción del francés por Julio Ayasta Gonzales. Lima, Perú. 1994. p. 148 y 149.

[25] SORIANO, Ramón. Compendio de Teoria General del Derecho. Barcelona: Ariel, 1993. p. 78.

cuando se los aplica a determinada situación en concreto. Ya hemos visto, además, que hay un procedimiento, el de la ponderación, a través del cual es posible interpretar en qué momento una norma legal debe ceder su espacio a otra con la cual aquella ha entrado en colisión.

Pero el ejercicio de interpretación mismo puede muchas veces sobrepasar estos análisis; más aún, sucede muchas veces es que tales indagaciones siempre van sucedidas de algún problema concreto que se trae entre manos y que puede ajustarse como mínimo a dos puntos de vista; o que, como ya se ha mostrado, se requiera conjugar varias normas en una interpretación sistemática (y muchas veces la jurisprudencia) para darle alcance y sentido a expresiones borrosas como a las que aludimos en el capítulo anterior: *"indicios", "situación de peligro" "la urgencia que el caso demande",* con las cuales se buscaba proteger los derechos de los niños afectados por una situación concreta o que se tenga que encontrar el sentido de la disposición a la luz de los principios constitucionales. Estos términos difíciles contenidos en la Ley de Infancia y Adolescencia son un ejemplo.

Como se viene sugiriendo, la interpretación también pasa por la tarea de saber quién debe realizar y en qué momento una determinada acción que garantice el cumplimiento de una norma. Así, como se mostrará en el tercer capítulo, la defensa de los derechos de un niño cuando ha sido sustraído de su familia por orden de Bienestar Familiar está a cargo de los jueces, quienes, entre otras cosas, y como dirá la Corte Constitucional, no pueden homologar de manera automática las decisiones tomadas en este sentido sin llevar a cabo la inspección de que el procedimiento se ha seguido correctamente[26], pero, sobre todo, sin interpretar (y es aquí donde está el problema) la vulneración efectiva de los derechos del niño, es decir, sin comprender a cabalidad las palabras borrosas a las que aludíamos en el anterior párrafo Y, aunque pueda sonar algo excedido, el caso es que un derecho puede verse afectado por la falta de un ejercicio de interpretación, el cual recae básicamente sobre el lenguaje.

El tema que ahora nos interesa es el de la interpretación de enunciados o normas jurídicas según el tipo de acto de habla que les corresponde, de acuerdo a los criterios de la filosofía del lenguaje de John Austin y su Alumno John Searle.

---

[26] Sobre este asunto es relevante el análisis expuesto en la sentencia T-079 de 1993 de la Corte Constitucional que manifestaba que: *"La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa.*

1.2.2 Enunciados no descriptivos

Ya se ha dicho que, en una acepción bastante divulgada, el derecho es un conjunto de normas. Su origen puede ser variado, pero, por lo general, esas normas están expresadas en un lenguaje, el cual muchas veces aparece escrito en textos ampliamente divulgados. Una norma puede decir algo como esto: “No habrá censura”[27]; lo que ello signifique, sin embargo, y pese a tratarse de sólo tres palabras, puede ser ampliamente controvertido. Es decir, se requiere poder interpretar, en un caso concreto, ese enunciado.

Pero también puede acontecer que para interpretar una determinada norma o para ampliar el sentido de una decisión, lo mismo que para abarcar comprensivamente “lo que pasa” en el derecho cuando se pronuncian las sentencias, se deba analizar el contexto dentro del cual se realizan estos actos. En este sentido, es válido afirmar, como lo veremos seguidamente, que hay actos del lenguaje que configuran la realización material del derecho y que, sin dichos actos, que son especialmente actos del lenguaje, no tendríamos una visión de lo que acontece en el ejercicio de aplicación del derecho mismo.

Empecemos pues por decir que al emitir una oración hay implicados varios actos de manera simultánea: 1) Producimos o emitimos sonidos o signos escritos: palabras. 2) Referimos y predicamos. (Estos dos primeros pasos son denominados por Austin un acto locutivo). 3) Realizamos también actos que Austin llama ilocutivos: afirmamos, preguntamos, mandamos, saludamos, prometemos, juramos etc. 4) A veces también realizamos actos perlocutivos, (esto sucede por lo general en el derecho) que son efecto de la emisión lingüística: convencemos a alguien, le dejamos preocupado, se le pone un nombre a alguien, o conseguimos que alguien realice una acción determinada, etc. "El acto ilocutivo -dice Searle- es la unidad mínima de comunicación lingüística"[28].

---

[27] Constitución Política Colombiana, parte final del inciso segundo del Artículo 20. Diponible en internet en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html [con acceso el 15-02-2011]

[28] SEARLE, Jhon. Actos de Habla. Madrid: Ediciones Cátedra, 1986. p. 26.

Lo importante al señalar estos actos de habla es comprender que el significado de un enunciado no es independiente del acto de habla que lo emite[29] . No se puede saber el sentido exacto de una expresión si no se tiene en cuenta el contexto: quién la emite y en qué circunstancias, lo mismo que no se puede conocer su sentido si se desconoce el idioma en el que está expresada. Por tanto, hay que considerar los enunciados (jurídicos) como actos de habla ilocutivos para poder buscar en ellos su significado. En efecto, en esta clase de enunciados del derecho no sólo se interpreta el significado sino el tipo de acto ilocutivo que encierra; jurar, por ejemplo, es un acto ilocutivo, y es necesario que anteceda a ciertas indagatorias para que el significado locutivo pueda pasar luego a exponerse. Si falta un paso consagrado en una norma como acto ilocucionario, el resto de la interpretación puede resultar vacío. En las sentencias de las altas cortes, para poner un ejemplo, es necesario que se afirme la competencia de quien va a tomar una decisión, pues así como un matrimonio debe poder realizarse por la persona investida de la autoridad correspondiente, algunas decisiones deben estar precedidas del acto ilocutivo que dé cuenta, como dijimos, de la competencia respectiva.

1.2.3. Las normas jurídicas como actos ilocutivos. La clasificación de Austin.

Un enunciado, en general, puede clasificarse de tres modos diferentes[30]:

1. Por lo que dice
2. Por lo que hace
3. Por lo que produce

Lo que interesa mostrar ahora es que más allá de lo que un enunciado dice, la comprensión de las normas jurídicas también tiene que ver con lo que los enunciados hacen y con lo que producen. “Este parque se llama Manuela Beltrán”, por ejemplo, es un enunciado que se comprende si se domina un idioma, en este caso el español. Pero si, pongamos por caso, el enunciado está escrito en una

[29] HERNANDEZ, Marín. Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999. p. 35

.

[30] AUSTIN, Jhon. Cómo hacer cosas con palabras. Barcelona: Ediciones Paidós Iberica S.A.1990. p. 166.

ordenanza del Departamento de Santander, entonces de inmediato se nos viene otro significado, o mejor, un significado adicional, que no estaba inscrito, por decirlo así, en la oración inicial antes de saber que era una ordenanza la que lo contenía. Ese enunciado, por lo tanto, además de significar algo, hace algo, es decir, pone un nombre a un parque que, pudiera ser, antes no tenía o que, incluso, se está cambiando. Y lo que el enunciado produce es que, en adelante, las personas se comportarán de una determinada manera, por ejemplo, llamando al parque por el nombre que se le ha puesto.

Como se entenderá, de otra parte, los enunciados del derecho buscan no sólo ofrecer un significado sino también, por ejemplo, persuadir, como cuando una sentencia acepta por, los motivos del caso, que en adelante la familia, para efectos de seguridad social, será también la conformada por parejas homosexuales. Pero, visto bien el asunto, por ningún lado está la persuasión como tal, es decir, ningún juez dice: "quiero persuadirlos de esto o aquello"; sin embargo, para comprender bien lo que dice el juez, es necesario que detrás de lo que dice esté la intención de persuadir. Como dijimos arriba, persuadir es un efecto perlocutivo de un acto ilocutivo.

Pasemos ahora entonces a una clasificación de los enunciados jurídicos a partir de estas consideraciones

1.2.3.1. Enunciados definitorios o aclaratorios.

Lo que se hace en estos enunciados es *definir* términos u otras expresiones, afirmar o negar, describir, analizar, clasificar, informar, etc.

Una definición es importante en el derecho por varias razones; por ejemplo: porque puede competir con otras definiciones y dejar a una de ellas como la relevante para la interpretación de un tema; o porque permite clasificar las modalidades dentro de las cuales cabría un hecho particular; o porque permite a través del análisis o la información sentar bases sólidas para una conclusión.

Como es fácil entender, una definición es un conjunto de palabras que ponen cotas a otro término, y por eso se puede decir que también son aclaratorios. En las sentencias, por ejemplo, son reiteradas expresiones como la siguiente: "Esta corte ha entendido y en ese mismo sentido se ha pronunciado, que cuando…. Etc., etc."

La expresión “ha entendido” quiere decir que ha concertado una definición de algún tipo para algún tema específico. Se entenderá también que este acto de habla es necesario, o mejor, se vincula con la seguridad jurídica, pues algo que se ha entendido de una manera en una ocasión pasada no tiene por qué cambiar si la situación de ahora es casi o muy semejante a la anterior.

Por lo tanto, los actos definitorios exponen el significado de expresiones lingüísticas y por eso puede decirse que una de las tareas de interpretación que acaecen en el derecho, cuando se trata de resolver problemas jurídicos, es la de producir esta clase de actos del lenguaje. En algunas ocasiones, incluso, una sentencia puede llegar a determinar la que se denomina “la voluntad del legislador, la cual, mirada más de cerca, no es otra cosa que entender que determinado tema, concepto, o palabra debe entenderse de tal o cual manera y con tal o cual definición.

1.2.3.2 Enunciados prescriptivos o directivos.

No es difícil entender que el derecho comporta esta clase de enunciados. Con ellos se busca dirigir las acciones de quienes son sus directos receptores en uno u otro sentido. Como también es sabido, son básicamente tres los modos como estos enunciados tienen lugar: A) Señalan las **acciones que se *pueden* realizar**, junto con las circunstancias y hechos del caso. B) En segundo lugar, establecen o indican autoritativamente qué clase de ellas ***no se pueden* realizar ni producir** (no son posibles), indicando también los sujetos y circunstancias para los cuales dichas acciones o situaciones no tienen vía libre. C) Por último, también establecen qué acciones, hechos y estados de cosas ***no se pueden no* hacer ni pueden no producirse**. En su orden, estos actos del lenguaje puede igualmente llamarse así: A) Permisos o autorizaciones. B) Prohibiciones. C) Mandatos u órdenes.

Los prescriptivos son los enunciados jurídicos más importantes, pues con ellos se regula la conducta de los individuos en sociedad, que es el objeto esencial del derecho[31]. Todos los demás tipos de normas están al servicio de los enunciados prescriptivos, bien sea para crearlos, derogarlos, modificarlos, aclarar su sentido, definir sus expresiones, completarlos o complementarlos vía remisión, etc. Los enunciados prescriptivos no son verdaderos ni falsos, pues describen unos hechos

[31] Las leyes son, por antonomasia, enunciados prescriptivos.

o acciones con la intención expresa (o fuerza ilocutiva) de que puedan ser llevados a cabo en el futuro por determinados individuos, pero nada garantiza que los individuos realicen las acciones descritas.

Por tanto, lo que establecen estos enunciados no puede ser verdadero ni falso[32]; pero a cambio, lo que establecen sí puede ser seguido o no seguido (normas permisivas), cumplido o violado (normas prohibitivas e imperativas) y, en función de esto último, también pueden ser eficaces o ineficaces. Austin dice que este tipo de expresiones pese a que no puedan ser calificadas de verdaderas o falsas, pueden ser, sin embargo, sometidas a crítica en cuanto pueden ser desafortunadas. El Desacierto, por ejemplo, es una forma de infortunio que muchas veces pude predicarse de un enunciado prescriptivo legal[33].

1.2.3.3 Enunciados realizativos o ejecutivos.

Aunque los enunciados directivos son sin lugar a dudas importantes en el derecho, la clase de enunciados realizativos tiene un gran valor para el ejercicio de la interpretación jurídica. Estos enunciados, a decir de Austin, hacen cosas, realizan eventos que antes no existían en la realidad[34].

Parece extraño, en principio, que esta clase de enunciados, expresados así, tengan lugar en el derecho. Sin embargo, un ejemplo puede fácilmente sacarnos de dudas: el acto del matrimonio llevado a cabo por un notario (nótese que también podemos decir "*realizado* por un notario"), crea una realidad que antes no existía: dos personas quedan casadas (se crea ese hecho) gracias, entre otras cosas, a expresiones que debió realizar el notario para que quedara en pie el hecho mismo. Aquí, podríamos ya decir, se configuran los tres actos de habla a los que hemos hecho referencia: por un lado, debe haber una definición normativa del matrimonio; por otro lado, debe estipularse quiénes pueden o no contraer matrimonio; y por otro lado, deben poder producirse enunciados de parte de quien tenga la autoridad para hacer casamientos. Y, una vez más, el lenguaje es claro en ese sentido: "hacer un matrimonio".

---

[32] AUSTIN, Jhon. Cómo hacer cosas con palabras. Op Cit., p. 67.

[33] Ibíd. p. 67

[34] Ibid. p. 53. Conferencia II. Describir un acto lingüístico como realizativo, dice Austin, implica contrariar una posición filosófica según la cual decir algo *es enunciar algo, y nada más que eso*.

Nótese, además, que lo que se hace es externo al lenguaje mismo: estar casados no es lo mismo que decir quedan casados. En otras palabras, el lenguaje afecta la realidad, la toca y la modela; valga decir, el lenguaje jurídico.

Por otro lado, Austin habla de que un acto del lenguaje puede resultar infortunado si no se cumplen ciertas condiciones[35]. Imaginemos que en una notaría se dan todos los pasos para casar a alguien pero sucede lo siguiente: la persona que firma como notario ha sido suspendido desde hace tres años por un proceso disciplinario y además está prófugo de la justicia. ¿Cuánto vale lo que ha firmado el notario? Quizá no valga nada. Como es sabido, y según ya se dijo, toda sentencia de las altas cortes debe tener siempre un apartado que diga que esa corte es competente para tratar el caso; y, aunque parezca irrisorio, ese acto, que es un acto del lenguaje, debe aparecer en la sentencia y hace parte de la interpretación de la misma.

Aunque breve, la exposición que hasta ahora hemos llevado a cabo nos sirve de puerta para el ingreso a la interpretación hermenéutica que adelantaremos en el tercer capítulo.

Esperamos mostrar que el ejercicio de interpretación siguiendo estos lineamientos ofrece categorías de análisis muy productivas para los operadores jurídicos en un tema tan valioso para la sociedad como es el de administrar justicia relacionada con los derechos de los niños y adolescentes. Pero antes la siguiente claridad:

Quedó dicho al final de la introducción que las decisiones argumentadas de los jueces de primera instancia en las sentencias que vamos a mostrar en el capitulo tercero fueron revocadas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En este sentido, se entenderá que el análisis que ahora se presenta muestra, entre otras cosas, dónde falló la interpretación de estos jueces de Santander a partir de los conceptos anteriormente expuestos.

Con todo, debe aclararse que en el caso examinado por la Corte Suprema de Justicia, ya la decisión de la primera instancia había sido revocada por un Tribunal Superior de Santander.

---

[35] Ibid. p. 90. También la conferencia III, del texto en cita, remite a las diferentes formas de infortunio de un acto de habla.

2. EL DERECHO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

2.1 FUENTES DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El primer tema fundamental del derecho es el de sus fuentes. En efecto, la respuesta a las grandes preguntas socio-jurídicas, como la pregunta por la legitimidad de las normas o la efectividad de ellas frente a la sociedad que pretende regular, pasa por la indagación acerca del estatus mismo de la norma imperante. Sin la aclaración de la fuente de donde mana el derecho la respuesta a las demás preguntas será una especie de silogismo ciego por cuanto descansará en una premisa aceptada sin más, según la cual, el derecho, *per se*, es válido. Bobbio afirma que: "el conocimiento de un ordenamiento jurídico (y también de un sector particular de ese ordenamiento) parte siempre de la enumeración de sus fuentes"[36].

No obstante, el tema mismo de las fuentes merece tal atención que no puede ser analizado sin desbordar los límites de nuestro pequeño esfuerzo investigativo. En este sentido, las distinciones tradicionales entre fuentes formales y fuentes materiales o entre fuentes directas y fuentes indirectas si bien enriquecen el debate acentúan la dificultad de ponderación entre el valor de cada uno de los elementos al interior de dichas categorías. Definir por ejemplo, si la ley, en tanto fuente formal o directa tiene prioridad sobre la jurisprudencia, como fuente indirecta o si la tiene sobre la costumbre como fuente material, puede resultar una labor dispendiosa e inclusive irrelevante cuando se trata de discutir, como dice Bobbio, un sector particular del ordenamiento jurídico, como es la legislación para la infancia y la adolescencia.

En lugar de sumergirnos en este importante terreno de delimitación del valor de cada una de las fuentes realizaremos un listado de las que responden al criterio general que, desde Bobbio, delimita aquello que puede llamarse fuente del derecho: "Las fuentes del derecho son aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas"[37]. En este

[36] BOBBIO, Norberto. Teoría General del derecho. Bogotá: Editorial temis, 1987, p.158

[37] Ibid., p.158

sentido, compendiamos en la siguiente lista los elementos más importantes que irradian la producción de normas jurídicas sobre menores de edad en nuestro momento histórico.

Las fuentes del derecho de menores, como tradicionalmente llaman los juristas a las normativas que se refieren a los derechos de quienes no han adquirido la mayoría de edad, son:

- Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño
- Declaración de la Organización de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, dada en 1959[38];
- recomendaciones de los congresos panamericanos del niño, que tienen la fuerza de conferencias especializadas dentro del marco de la Organización de Estados Americanos; v. gr., las conclusiones de Quito y las recomendaciones de Rio de Janeiro;
- recomendaciones de los Congresos y jornadas de derecho de menores;
- códigos de menores expedidos por los distintos Estados;
- la doctrina de los especialistas de derecho de menores y la que surge de los estudios elaborados por el Instituto Interamericano del Niño, que ha publicado monografías sobre todos los aspectos del derecho de protección del menor;
- jurisprudencia que surge de los juzgados y tribunales tutelares de menores

[38] "1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en la declaración, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.
2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.
3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
4. Derecho a la vida y que sea garantizada por el Estado
5. Derecho a que se defina la filiación y a una paternidad responsable; a crecer en el seno de una familia, y a la educación necesaria para su formación integral.
6. Derecho a que se le proteja contra el abandono o la violencia, a una atención integral de su salud; a expresar su opinión libremente y a conocer sus derechos.

- las "reglas de Beijing", de 1985, que contienen normas para procesos penales en que es acusado un menor de edad (llamados infractores).

En Colombia desde la ley 98 de 1920 se organizó la jurisdicción de menores, más tarde la ley 83 de 1946 estructuró un cuerpo excepcional sobre algunos asuntos de menores, y pasados 33 años, la ley 7ª de 1979 consagró derechos para éstos, prolegómenos del decreto 2737 de 1989 que puede considerarse el primer estatuto del derecho de menores que rigió en Colombia hasta la promulgación de la ley 1098 de 8 de noviembre de 2006[39], por medio de la cual se adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia. Es importante resaltar la ley 12 de 22 de enero de 1991, por medio de la cual se aprobó la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y, entre otros, los artículos 42,44,[40]45 y 50 de la Constitución Política en vigor desde julio de 1991.

[39] LEY 1098 DE 2006. Op. Cit, dentro de su articulado señala los siguientes derechos: a la vida ya la calidad de vida y a un ambiente sano (art. 17); a la integridad personal (art. 18); a la rehabilitación y a la resocialización (art. 19); los derechos de protección (art. 20) a la libertad y seguridad personal (art. 21); a tener una familia y no ser separado de ella (art. 22); a la custodia y al cuidado personal (art. 23); de alimentos (art. 24); a la identidad (art. 25); al debido proceso (art. 26); a la salud (art. 27); a la educación(art. 28); al desarrollo integral en la primera infancia(art. 29); a la recreación, y a la participación en la vida cultural y en las artes (art. 30); a la participación (art. 31); de asociación y reunión (art. 32); a la intimidad (art. 33); a la información (art. 34); a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar (art. 35); los derechos de los niños, niñas y adolescentes discapacitados (art. 36); y las libertades fundamentales constitucionales, tales corno el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio (art. 37).

[40] Constitución Política Colombiana. Op. Cit. artículo 44: "*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*
"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.
"Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

2.2 CONCEPCIONES DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Como puede evidenciarse, la legislación sobre menores de edad ha tenido cambios relevantes en nuestro país. Dichos cambios, pese a ello, han conminado serias dificultades en la construcción de doctrinas o líneas jurisprudenciales más o menos estables. Ausencia de unidad de materia que esta directamente relacionada con diferentes cosmovisiones sobre lo que es ser joven, que son, a su vez, fuente de diversas interpretaciones que no son simpre acordes con la Constitución Política de Colombia. Atendiendo ese desarrollo jurídico, la transición del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho y la variación etaria de nuestro país, se han modificado las concepciones sobre los niños en nuestra reciente historia jurídica:

2.2.1 Situación de irregularidad.

Desde 1920, se tuvo una concepción teórica de los niños en situación de irregularidad, definida como aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral, o padece de un déficit físico o mental[41]; y comprende a los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades. Incluye: 1) personas legalmente incapaces por razones de edad, que han incurrido en un hecho antisocial; 2) las personas que se encuentran en estado de peligro; 3) menores abandonados materialmente o moralmente; 4) menores deficientes mentales, y 5) menores deficientes físicos.
Situación de irregularidad que se caracteriza porque:

- reconoce la existencia de problemáticas sociales y no de derechos, esto es, protege al menor con problemas, se regulaban los problemas de niños pobres, abandonados o con conductas *desviadas*, a quienes se debe internar en instituciones religiosas o estatales.

[41] MONROY, M. *Derecho de Menores*, Librería Jurídica Wilches, 1983. p. 23 y 24. Citando la definición que usa el Instituto Interamericano del Niño, entidad especializada de la Organización de Estados Americanos (OEA).

- Llamaba a la población que tenía una edad inferior a 18 años con el término *"menores"*, significando que son apéndices, dependientes de los padres o del Estado, que se deben proteger cuando son objeto de violencia, de explotación, de abandono o de pobreza, que correspondía con su minusvalía, dependencia o incapacidad.

- En caso de que presenten conductas desviadas como la delincuencia y además sean pobres o abandonados, deben ser institucionalizados para protegerlos, ya que son calificados como inimputables, pese a que el proceso que los juzga por comisión de delitos no es penal sino tutorial por lo que está ausente el debido proceso y quedan al arbitrio y discrecionalidad de autoridades judiciales y administrativas. Confunde la delincuencia con la pobreza, es decir se los priva de libertad o interna porque son pobres o abandonados para protegerlos.

- La ausencia de dispositivos de políticas sociales o de prevención, da cabida únicamente a medidas para atender los problemas que se dan.

- Solamente cuando la familia o el Estado no responden por los actos de los menores, ellos entran a responder, por lo que la responsabilidad de los menores es subsidiaria.

- Se integran y diluyen los derechos de los menores en los de los padres o los de la familia, por tanto no son personas autónomas sino dependientes.

2.2.2 Protección Integral.

El legislador comenzó a tener ésta concepción en 1989, resultado de un consenso universal que se caracteriza porque:

Reconoce a los niños y niñas como personas autónomas con derechos y responsabilidades construyendo inclusive un marco jurídico para su estudio, otorgándoles categoría de sujetos de derechos propios, como lo precisa D'Antonio:

> "El derecho de menores presenta como su más destacada nota distintiva el carácter tutelar y protectorio, que orienta todas sus normas y pertenece a la esencia de esta rama del derecho. (…) La particularidad del sujeto de esta disciplina, ser no plenamente desarrollado en sus aspectos biológico, psíquico y -por consecuencia- tampoco en el social, hace que el derecho de menores se impregne de una orientación tuitiva que se muestra presente en todo momento y que se convierte, a la vez, en principio interpretativo. Queda consagrado así el criterio aplicable cuando hay duda en la dilucidación del sentido normativo, debiendo estarse a lo que sea más favorable o beneficioso para el menor de edad." [42]

- Reconoce la titularidad de los derechos humanos de niños y niñas y no los problemas. Se soporta en el reconocimiento de derechos que deben ser protegidos y garantizados de manera integral. Protege a todos los niños y niñas y en especial a quienes les han sido vulnerado sus derechos, en el sentido de "carenciados"[43].

- Proscribe el término menor para dar paso al concepto de niño como persona autónoma e independiente a quien se debe proteger de manera integral mediante la garantía de todos y cada uno de sus derechos, reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos generales y específicos.

- Cuando son responsables de cometer delitos consagrados en las leyes penales deben ser investigados y juzgados por autoridades judiciales competentes para garantizar el ejercicio de su derecho a un debido proceso, y deben ser reprochados de acuerdo con su grado de desarrollo. La privación de libertad, es una medida excepcional que sólo se aplica de acuerdo con criterios objetivos para sancionar al niño o niña por la gravedad de un hecho cometido.

---

[42] D'ANTONIO, Daniel. Derecho de menores. Buenos Aires: Editorial Astrea, tercera edición. 1986 p.3. Precisa que "el derecho de menores es la rama del derecho que tomando en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas referidas al menor de edad".

[43] MARTINEZ, José A. *Código del menor y Jurisdicción de Familia*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, Segunda Edición Actualizada (1994) p. 10

- Dispone la obligación de generar políticas sociales básicas para garantizar los derechos de los niños, prevenir su amenaza o vulneración y de políticas públicas nacionales, regionales y locales que garanticen la inversión social de los recursos del Estado.

- La responsabilidad de la protección de los niños y niñas es solidaria, conjunta y simultánea, diríase que es una actividad comunitaria que tiene por objeto la incorporación del menor al medio social en que ha de tocarle actuar como un factor positivo de desenvolvimiento, encontrando por la formación recibida la posibilidad de alcanzar su perfeccionamiento espiritual y el progreso de su situación material.

- Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Son personas autónomas, titulares de derechos generales y específicos que prevalecen y por ende la protección puede ser: i) preventiva, o sea, las acciones necesarias para evitar el abandono del menor y la desintegración de la familia; ii) especial o integral (en aspectos legales, nutricionales y sociales), lo que dispone ampliamente la Constitución:

> "(…) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".[44]

Es precisamente en este intrincado nudo de conceptos el que quiso ser desatado con la promulgación del la Ley 1098 de 2006, en la cual, como veremos, predomina el criterio de Protección integral. Pese a ello, como podrá evidenciarse en el capitulo tres, en aplicación de esta disposición legal, dada la multiplicidad de instituciones competentes y la celeridad requerida en los trámites, se toman a menudo decisiones que vulneran los derechos de los sujetos que el espíritu de la ley quizo proteger. Son estas dificultades las que indican la necesidad de valerse de herramientas hermenéuticas, tales como La Ponderación y los Actos de Habla, en cuanto ellas nos acercan al sentido más adecuado de la norma.

[44] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. Cit., Artículo 44,

2.3 CONTEXTUALIZACIÓN DE LA LEY 1098 DE 2006.

El Código de la Infancia y la Adolescencia contiene los principios rectores o criterios que orientan el derecho de menores, entre los que se cuentan el de protección, el de coordinación -cooperación de la familia, la sociedad y el Estado-, la solución de las dudas y vacíos corre en favor del menor y la preeminencia de los derechos de estos es de orden público –lo que indica que el interés superior del menor es absoluto e irrenunciable, y que otros intereses públicos, como los colectivos de la familia y de la sociedad, que a menudo están o pueden estar por encima del interés del menor tienen que supeditarse a dicho interés por cuanto el principio de favorabilidad consagrado en la ley 1098 de 2006 establece que en caso de conflicto normativo se resolverá según la forma más proteccionista de los derechos de los menores[45]. La nueva norma se interpreta y aplica guiándose por convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados en armonía con la Constitución Política, resultan igualmente relevantes las recomendaciones del Instituto Interamericano del Niño, convenio de la OIT, declaraciones de la ONU, etc.-

Además esta codificación contiene la diferenciación y el respeto por el género de los sujetos[46] a los que ampara y cuyas regulaciones y desarrollo integral acoge atendiendo el interés superior[47] del niño, niña y adolescente, como imperativo que fundamenta la prevalencia de sus derechos y obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los que resultan prevalentes e interdependientes.

---

[45] Ley 1098 de 2006, Op. Cit., artículo 5° del Código, las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados son de aplicación preferencial a las disposiciones contenidas en otras leyes. Esa prevalencia, que refleja la característica de la especialidad, se repite en el artículo 9°, el cual dispone que "En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña y adolescente"

[46] Ibíd., artículo 12. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social.

[47] LAFONT, Pedro. *Código del menor, tratados y convenios internacionales*, Santa Fe de Bogotá: Unicef, C. S. J. e ICBF, Tomo 1., 1994. p. 18.

La concepción de superioridad del interés del menor que se caracteriza porque:

I) Concurren tres factores: i) interés jurídico, ii) relación de intereses y iii) predominio.

II) Genera beneficios para el menor: i) normativos, ii) conceptuales, o iii) materiales – lo que surge cuando se imponen a otros sujetos cargas o deberes en favor del menor-.

III) Es una norma fundamental[48], con la funcionalidad creativa, interpretativa e integrativa que tienen los principios generales.

2.3.1 Objeto y finalidad del código de la infancia y la adolescencia.

- Este código garantiza a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo, para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual contiene normas sustantivas y procesales para la protección integral de estos sujetos especiales, garantiza el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento.

- Previene a las instituciones sociales de la obligatoriedad y corresponsabilidad de proteger integralmente a los niños, a las niñas y a los

[48] Consagración que también hace el artículo 3° de *la Convención sobre derechos del niño* (1989), aprobada por la ley 12 de 1991; el artículo 6° de la *Declaración de la ONU de 1967, sobre eliminación de discriminación contra la mujer* y el 16 de la convención sobre igual asunto, de la ONU, de 1979, firmada en Copenhague el 17 de junio de 1980, y aprobada en Colombia por la ley 51 de 1981. Disponible desde internet en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ley/ley_0051_1981.html [con acceso el 19-04-2011]

adolescentes reconociéndolos como sujetos de derechos, señalándoles que son todas aquellas personas menores de 18 años[49].

- En aras de amparar el interés prevalente del niño, contiene dos presunciones legales, que admiten prueba en contrario, respecto de la edad, en caso de no tenerse certeza de la misma, es decir que:

  - Cuando se presente duda sobre la mayoría o minoría de edad, se presumirá ésta; si la duda recae sobre la edad del niño, niña o adolescente se presumirá la edad inferior, lo que no exime a las autoridades -judiciales o administrativas- que ordenen la práctica de las pruebas conducentes para la determinación de la edad, y una vez establecida esta, confirmen o revoquen las medidas que hubiesen dictado y ordenen los correctivos necesarios.

  - Respecto de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política, sin perjuicio de la aplicación de los principios de territorialidad y extraterritorialidad de la ley.

El código de la infancia y la adolescencia plantea una serie de medidas para cumplir estos objetivos y se convierte, de este modo, en una normatividad que aúna lo sustancial con lo procedimental en aras de efectivizar el interés superior del menor. Dichas medidas son descritas como medidas de restablecimiento de derechos en cuanto procuran remediar la vulneración, amenaza e inobservancia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y ponerlos en la situación que su lugar de sujetos privilegiados les determina. Veremos tales medidas a continuación.

[49] El artículo 3 de la ley 1098 de 2006 precisa que los de 0 a 12 son niños o niñas –rango en el que se incluye la precisión que hace el artículo 34 del Código Civil en cuanto indica que de 0 a 7 años se llamara a las personas “infante”- y los de 12 a 18 son adolescentes.

2.4 DE LAS MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS Y DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS

2.4.1 Concepto[50]

Las medidas de restablecimiento de derechos consisten en decisiones de naturaleza administrativa que establece la autoridad competente con el fin de garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Pueden ser de carácter provisional o definitivo, deberán estar en concordancia con el derecho amenazado o vulnerado y además deberán garantizar, primeramente, el derecho del niño, la niña o el adolescente a permanecer en el medio familiar. Sumado a esto la autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo demande.

Así por tanto la autoridad competente, previa verificación de la vulneración de derechos, alternativamente podrá tomar una o varias medidas provisionales; por ejemplo, la medida de amonestación junto con la de asistencia a un programa de atención especializada.

Las medidas de restablecimiento de derechos tienen unos determinados pasos, cuya violación implica una ruptura que, como se verá en el analisis jurisprudencial, determina no solo la validez misma del procedimiento sino que destruye la finalidad proteccionista de la legislación de infancia y adolescencia. En terminos de Austin, los efectos perlocutivos de ese acto de habla, pese a su fuerza prescriptiva, son desafortunados[51].

En consecuencia, a todo niño, niña y adolescente que pida o sea atendido en desarrollo de la prestación del servicio público de bienestar, se le deberá garantizar el pleno goce de sus derechos y libertades. En estos eventos, la autoridad competente está obligada, de manera inmediata a comprobar el estado

---

[50] El artículo 50 de la ley 1098 de 2006 define textualmente: "*Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados"*

[51] AUSTIN, Jhon. Cómo hacer cosas con palabras. Op Cit. p. 68-80.

de cumplimiento de cada uno de los derechos de estos sujetos, consagrados en el Titulo Primero del Libro Primero del Código de la Infancia y la Adolescencia. Con todo, deberá verificar:

a) El Estado de salud física y psicológica.
b) Estado de nutrición y vacunación.
c) La inscripción en el Registro Civil de Nacimiento.
d) La ubicación de la familia de origen.
e) El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.
f) La vinculación al sistema de salud y seguridad social.
g) La vinculación al sistema educativo.

De estas actuaciones deberá dejarse constancia escrita en la Historia de Atención y en el sistema de información misional[52].

Cabe resaltar, por demás, que dado el caso de que el niño, niña o adolescente, sea víctima de un delito, la autoridad administrativa, deberá denunciarlo ante la autoridad penal[53].

2.4.2 La familia y proceso administrativo de restablecimiento de derechos

Interpretando que la intención última de la protección integral que se busca requiere de la construcción de espacios de relación y convivencia más humanos, es necesario que la familia, la sociedad y el Estado, intervengan en éste proyecto de responsabilidad social.

De acuerdo a lo anterior es imprescindible avanzar en la creación de una propuesta jurídica - pedagógica y de un acuerdo social, que atañe a lo cultural y la

[52] LEY 1098 de 2006. Op. Cit., artículo 52 de la, parágrafo 1.

[53] Ibid., artículo 52 de la, parágrafo 2. .

conciencia de reconocer a la familia como herramienta importante en esta labor dentro de la teoría de los sistemas para poder rescatar la ponderación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.4.3 Restablecimiento de los derechos

El restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y los adolescentes consiste en la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

Este proceso de restablecimiento de los derechos es responsabilidad única del Estado, quien realiza dicha función a través de las autoridades públicas, las que tienen el deber de asegurar que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, por lo que es necesaria la integración a los servicios sociales, cuando un niño, niña o adolescente se encuentre en situación de amenaza o vulneración de sus derechos, debe ser conducido sin falta y de forma inmediata ante las autoridades competentes, esto es por la policía, la Comisaría de Familia, la Defensoría de Familia, el Inspector de Policía, la Personería Municipal. Con todo cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y de los adolescentes; salvo las excepciones consagradas en las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar acciones judiciales o procedimientos administrativos.

2.4.4 Procedimiento cuando se evidencia vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes

Existen dos formas procesales de conocer, tramitar y resolver de fondo los casos cuando se vulneran los derechos de los niños: El proceso administrativo y el proceso judicial. Ambos procesos apuntan a la solución implementando medidas en aras de la prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y de lograr la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

2.4.4.1 Trámite Administrativo[54]

Que corresponde con las diferentes actuaciones que desarrolla la autoridad competente (la Comisaría de Familia, la Defensoría de Familia, el Inspector de Policía), tiene una duración máxima de seis meses, en la que se practican las pruebas y diligencias tendientes a proteger a los niños, niñas y adolescentes. En esta etapa el Estado toma las medidas de protección **provisional** a favor de ellos.
-. Formas de Ingreso. Los niños, niñas o adolescentes ingresan al proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por denuncia, de oficio o información originada a través de:

- Las autoridades públicas, nacionales o extranjeras.
- Los particulares nacionales o extranjeros
- Las organizaciones gubernamentales o no gubernamentales Nacionales o extranjeras.
- Por solicitud de los padres.
- Por solicitud de los familiares
- Por solicitud de los mismos niños, niñas o adolescentes,
- Por solicitud de Autoridades Centrales o intermediarias en Ejecución de Convenios o Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

-. Razón o Motivo de Ingreso[55]:

- Por condiciones de Inobservancia

---

[54] LEY 1098 de 2006. Op.Cit., El capítulo IV de la consagra el procedimiento administrativo y las reglas especiales que deben aplicarse ante la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que la misma ley reconoce a los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

[55] Frente al trámite administrativo el artículo 99 de la ley 1098 de 2006 señala que: *"Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente".*

- Por condiciones de Amenaza
- Por condiciones de Vulneración

Las razones o motivos de inobservancia, amenaza o vulneración de derechos, están directamente relacionados con los derechos a garantizar y restituir, contenidos en los artículos 17 al 37 del Código de Infancia y Adolescencia; además de los consagrados en la Constitución Política, las demás Leyes y en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados y en vigor por Colombia. En este orden de ideas es necesario estudiar el sentido de los conceptos Inobservancia, Amenaza y vulneración.

-. La inobservancia del derecho. Atañe al no cumplimiento, omisión y negación de acceso a un servicio o de los deberes y responsabilidades ineludibles que tienen aquellas autoridades administrativas, judiciales, nacionales o extranjeras, actores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, sociedad civil, personas naturales nacionales o extranjeras, de garantizar, permitir, procurar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas o adolescentes nacionales y extranjeros que se encuentren en el territorio Colombiano o fuera de él.

-. La amenaza. Es la situación, circunstancia o indicio inminente o de riesgo que puede llegar a vulnerar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas o adolescentes.

-. La vulneración. Es la situación o circunstancia de daño o perjuicio, que imposibilita el ejercicio pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

2.4.4.2 Trámite Judicial

Es el proceso que realiza el Juez de Familia, o el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal en los lugares donde no exista Juez de Familia[56], con el fin de adoptar medidas de protección para niños, niñas y adolescentes a quienes se les ha vulnerado sus derechos. Este operador judicial debe revisar las decisiones que han tomados las autoridades administrativas competentes y procede a resolver

[56] LEY 1098 de 2006. Op. Cit.,artículo 120

sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando esas pierden competencia si hubieren sido provisionales o después de los seis meses.

Procesos sobre los cuales, ha de aplicarse una ponderación razonada entre los derechos fundamentales a la información (la de la administración de Justicia) y a la intimidad del menor, donde prima el último, cuyo presupuesto es la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial del Estado Social de Derecho, que única y exclusivamente puede ser objeto de limitación cuando de la guarda de un verdadero interés general se trata, por eso se mantiene la reserva judicial por un término de 20 años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial y los cuales no se publicitan en estadísticas que de manera alguna puedan afectar la esfera más intima de niños, niñas y adolescentes y sus familias[57], en el concepto más extenso que se contiene del derecho a la intimidad, tal como lo explicita la Corte Constitucional en la sentencia T-689 de 1996, que a la letra dice:

> *"(…) tres son las maneras de vulnerar el derecho a la intimidad. La primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.*
>
> *La intromisión en la intimidad de la persona, sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. Es un aspecto meramente material, físico, objetivo, independiente de que lo encontrado en dicho interior sea publicado o de los efectos que tal intrusión acarree. Cabe en este análisis la forma en que el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho y no tanto el éxito obtenido en la operación o el producto de la misma, que se encuentran en el terreno de la segunda forma de vulneración antes señalada.*
>
> *En la divulgación de hechos privados incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero* ***no susceptible de ser compartida****, es decir,* ***perteneciente al círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular, bien de autoridad competente. En esta forma de vulneración, a contrario sensu, es necesario el estudio del producto obtenido con la intrusión en la intimidad del afectado, para compararlo con su realidad familiar, social, laboral, etc.(…)[58]"*** *(negrilla fuera de texto).*

[57] Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.
[58] Corte Constitucional, Sentencia T-689 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

2.4.4.3 Intervención de los entes de Control.

Compete a los garantes del sistema integral de atención de niños, niñas y adolescentes controlar, prevenir, promocionar defender los derechos de estos sujetos, usando para ello herramientas educativas, pedagógicas, ejecución y funcionalidad de observatorios de justicia y de aplicabilidad de los mecanismos de protección y restablecimiento de sus derechos, entre ellos el Ministerio Público juega papel preponderante como garante de los derechos de estas personas y de sus padres para mantener o lograr su unidad biopsicosocial.

Ministerio Público: } Procuraduría General de la Nación
Defensoría del Pueblo
Personerías Municipales y Distritales

2.5 COMPETENCIA PARA RESOLVER EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS.

2.5.1 Competencia Territorial.

Para efectos de surtir los distintos procedimientos, **ya administrativos o judiciales**, los operadores han de tener en cuenta que es competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente.

Cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional, especialmente cuando se trata de alimentos para niños, niñas y adolescentes por lo que el Consejo Superior de la judicatura ha diseñado un procedimiento especial para el seguimiento de esos casos como obra en el Acuerdo 2207 de 2003[59] que regula el

---

[59] CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa en cumplimiento de la *Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero*, suscrita en la ciudad de Nueva York, el 20 de junio de 1956. Disponible desde internet en: http://200.26.152.57/relatoria/web/Acto%20Administrativo/Default.aspx?ID=1753 [con acceso el 27-07-2011]

procedimiento para la recepción y transmisión de solicitudes de alimentos en el exterior.

Cuando el niño, niña adolescente debe ser trasladado por diversas circunstancias a otra región o cambie de residencia, el traslado del niño se dará concomitante con su historia de atención, previo concepto del equipo interdisciplinario; para tal efecto, la Defensoría de Familia, Comisaría de Familia o Inspector de policía, mediante resolución motivada dispondrá el traslado del proceso y ordenará el cierre del mismo en su despacho, acatando el principio de reserva judicial - administrativa.

2.5.2 Competencia Subsidiaria.

En los Municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que la Ley 1098 de 2006 les atribuye a esos, serán cumplidas por el Comisario de Familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al Comisario corresponderán al Inspector de Policía[60].

2.6 MEDIDAS ESPECÍFICAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS.

Las medidas de restablecimiento deberán estar en concordancia con el derecho amenazado o vulnerado; garantizándose en primer término el derecho del niño, niña o adolescente a permanecer en el medio familiar, de ser posible. Las medidas de restablecimiento de derechos[61] son de carácter provisional y como tal deben ser decretadas en el auto de apertura de investigación y el procedimiento a seguir para todas ellas será el siguiente:

[60] La llamada designación subsidiaria de competencias está contemplada en el artículo 98 de la ley 1098 de 2006 y fue reglamentada por el Decreto Nacional 4840 de 2007.

[61] LEY 1098 DE 2006. Op.Cit., artículo 53. Encontramos alí un listado de las medidas de restablecimiento.

2.6.1 Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

Esta medida se emplea para niños, niñas o adolescentes a los que la amenaza o vulneración de derechos es mínima y puede solucionarse la problemática conminando a los padres o responsables para que cesen la conducta que da origen a la medida; debiendo ir acompañada de la obligación de asistir a cursos pedagógicos sobre derechos de la niñez en los cuales se incluya al grupo familiar, so pena de multa convertible en arresto.

Una vez que el operador de justicia evalúe el caso, y decida tomar la medida de amonestación, elaborará un acta que debe contener por lo menos los siguientes requisitos:

- La fecha y lugar
- El nombre de la autoridad
- El nombre del niño, niña o adolescente
- El nombre de los padres, familiares o responsables
- Las obligaciones a cumplir por parte de los padres, familiares o responsables
- La sanción en casos de incumplimiento de la medida
- Las obligaciones del niño, niña o adolescente
- La remisión a los cursos pedagógicos pertinentes
- La remisión a las entidades del SNBF que corresponda, para la atención del caso.

Pero esa medida no se queda ahí en la privacidad del acto mismo, debe ir acompañada del respectivo seguimiento del equipo interdisciplinario de las

autoridades competentes, principalmente de un equipo de apoyo biopsicosocial[62] que identifique los factores generadores de la conducta que motiva la medida de restablecimiento, los que regularmente están referidos a falta de oportunidades laborales, déficit de escuelas para la población menos favorecida, la falta de aprovechamiento del tiempo libre de los jóvenes, el trabajo precoz de algunos niños, la falta de amor, comprensión y cariño en los hogares, la ruptura materna o paterna, desvertebramiento del núcleo familiar, el desarraigo de los hombres en su responsabilidad paterna, el maltrato físico intrafamiliar, el abuso sexual, el descuido, despreocupación y abandono de los padres con los hijos, la droga, entre muchos otros factores.

2.6.2 Vinculación a programas de atención especializada

La vinculación a programas de atención especializada consiste en la atención de expertos que se le brinda a un niño, niña o adolescente con el objeto de restablecer el ejercicio pleno de sus derechos vulnerados o amenazados, ésta se basará en estudios diagnósticos que darán respuesta a las problemáticas sociales que los afectan. Así, la atención especializada garantiza los derechos en opciones de atención en cualquier contexto ya sea este comunitario o en Centros de Atención de acuerdo a la complejidad de la situación que vive el niño, niña o adolescente.

Lo básico aquí es el tipo de la intervención y no la jornada de la atención. Para ello, el operador de justicia, deberá remitir al niño, niña o adolescente al programa especializado, diligenciando la boleta de ubicación. Esta boleta o formato de remisión debe ir acompañado de copia del auto en que se toma la medida o medidas provisionales, -resolución que dispone el cambio de la medida cuando no ha surtido los efectos deseados la que inicialmente fue tomada o cuando las circunstancias han cambiado-, el registro civil de nacimiento, certificado de vacunas, carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS, informe socio familiar, certificado escolar, valoraciones médicas, físicas, psicológicas, odontológicas, valoraciones médico legales, por lo menos.

Definir a cual programa de atención especializada ha de remitirse al sujeto, depende de la problemática que afecte los derechos de niños, niñas y adolescentes y de los protocolos de servicios que haya implementado cada

[62] Incluye trabajador social, psicólogo, sociólogo y educadores formales adscritos al sistema nacional de educación.

autoridad local o regional, una vez conocido el caso, el operador procede a evaluar qué derecho es el que está prioritariamente afectado y así busca cual programa le es apropiado.

2.6.3 Ubicación inmediata en medio familiar

Esta medida apunta a la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, parientes – según el orden establecido en el artículo 61 del Código Civil Colombiano[63] - o responsables, cuando las circunstancias lo permiten, según el criterio exclusivo del operador.

Cuando no sea posible la ubicación con la familia de origen o familia extensa, de manera inmediata y provisional el niño, niña o adolescente entonces se remitirá a un hogar de paso. Es precisamente aquí donde el sistema familiar resulta más relevante y se hace necesario conocer sus dinámicas y tensiones para poder evaluar la conveniencia de los derechos a restablecer. Puesto que si la conducta que lesionó esas prerrogativas se mantiene, el operador deberá ponderar los derechos del niño que prevalecen frente a los de la unión familiar y de sus padres, viéndose compelido a buscar en las familias, según sea la línea y grado de parentesco, los núcleos familiares que más aporten a la superación de la amenaza.

[63] CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 61. El orden aludido es el siguiente: descendientes, sino los hay entonces se acudirá a los ascendientes (sean o no adoptantes), en su defecto a los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de estos se acudirá a los hermanos naturales y en su lugar a los afines legítimos dentro del segundo grado dada la falta de parientes consanguíneos. En las personas casadas se acudirá a su cónyuge y si la persona a la que debe acudirse es también menor de edad será debidamente representada. Disponible desde internet en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html [con acceso el 27-07-2011]

2.6.4 Hogar de paso

Esta medida que se aplica de manera provisional e inmediata no puede exceder de 8 días, se da sólo en el evento de que no aparezcan o no ofrezcan las garantías, los padres, familiares o responsables del niño, niña o adolescente. En el transcurso de ese tiempo el operador de justicia, deberá adelantar todas las diligencias necesarias a efectos de localizar a los padres, familiares o responsables de niños, niñas y adolescentes sin descartar la ayuda que puedan prestar las instituciones dispuestas por las entidades del sistema de atención integral[64] para facilitar esa búsqueda y reconstrucción del hogar del niño para hacer un efectivo restablecimiento de derechos, sea en Colombia o en el extranjero, por cuenta de cada familia, del Estado o con la colaboración de organismos internacionales[65].

Precisamente este "servicio mediante el cual una familia o persona natural o jurídica, previamente seleccionada y capacitada por el ICBF o por la dependencia municipal delegada; de manera voluntaria y subsidiada por el Estado, está dispuesta a brindar en forma inmediata protección integral a los niños, niñas y adolescentes ubicados en forma provisional y a velar por los derechos y libertades, establecidos en el capítulo II, Titulo I del Código de la infancia y la adolescencia, durante su permanencia en él"[66], se escoge por el operador de justicia según el caso en una de las siguientes modalidades:

---

[64] LEY 1008 de 2006. Op. Cit., por la cual se regula la aplicación de los convenios internacionales en materia de niñez y de familia.

[65] Programa de Asistencia Humanitaria a Población en Situación de Desplazamiento en Colombia. Con el apoyo de la Oficina de Población, Refugiados y Migración del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (PRM). Casos como las casas indígenas que se constituyen en "hogares de paso" para desplazados. Con el trabajo liderado por CHF, que benefician a koguis, arhuacos, kankuamos, wuiwas, entre otras comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, lo cual permite a 60 niños, niñas y adolescentes acudir a procesos de formación cultural, artesanal y formal.
Disponible desde internet en:
http://www.chfinternational.org/files/4952fileLibrofinalCHFdobleabril2007CambiosquenosCambian.pdf., [con acceso el 14-04-2010]

[66] República de Colombia. Ministerio de la Protección Social. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dirección Técnica. *LINEAMIENTO TECNICO ADMINISTRATIVO DE HOGARES DE PASO*, Bogotá D.C., Versión Marzo 12 de 2007, documentos de trabajo interno, pág.4 -7. Disponible desde internet en:

- **Familia**, funcionará en una casa de familia y podrá recibir de uno (1) a tres (3) niños, niñas y adolescentes, según ciclo vital, previa ubicación por la entidad competente. El operador deberá seleccionar, capacitar y organizar los Hogares por problemáticas comunes, tales como niños extraviados, inmigrantes, discapacitados, consumo de sustancias psicoactivas, víctimas de delitos sexuales, explotación laboral, en situación de calle, conflicto con la ley y víctimas de la violencia, entre otros, así como por ciclos de vida[67], teniendo en cuenta no separar los grupos de hermanos y que los mayores de 10 años estén organizados por género.

- **Casa Hogar**, funcionará en una infraestructura adecuada y podrá recibir hasta 10 niños, niñas y adolescentes, según ciclo vital, organizados por género a partir de los 10 años de edad, previa ubicación por la entidad competente. Se tendrá en cuenta no separar los grupos de hermanos. Ubicación que hará el operador teniendo en cuenta las problemáticas de los niños, niñas y adolescentes definidas en los diagnósticos sociales, la existencia de oferta de servicios y recursos y las recomendaciones derivadas de estudios de conveniencia y oportunidad de los entes territoriales.

2.6.5 Hogar sustituto.

Este mecanismo consiste en que una familia se compromete temporalmente a brindarle al niño, niña o adolescente el cuidado y atención necesaria sustituyendo a la familia de origen, brindándoles un ambiente afectivo, reparador de las experiencias de vulneración de derechos a niños, niñas y adolescentes, mientras se define su situación legal y se determina el reintegro a su medio familiar o la medida de adopción, de acuerdo con las condiciones legales y familiares de garantía de sus derechos. Primordialmente el operador de justicia remite allí a niños y niñas en situación de abandono o peligro, con o sin discapacidad o víctimas del conflicto armado; dicha medida se decretará por el menor tiempo

---

https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/pdf/Mod2Cap1UbicacionInicialVer13Octubre5de2010.pdf [con acceso el 14-04-2010]

[67] Ciclos de vida: Primera Infancia (0 a 5 años); Edad Escolar (6 a 12 años); Adolescencia (12 a 18 años).

posible, no puede exceder de seis (6) meses pero es prorrogable por el mismo tiempo previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional ICBF.

2.6.6 Hogar gestor.

Modalidad que recoge el hogar biológico o tutor con el apoyo económico del ICBF y de acciones de parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar a fin de restablecer derechos y evitar la amenaza o vulneración de otros; el operador judicial ubicará en este programa a niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad, menores de 18 años que carezcan del medio familiar de origen, que se encuentran en situación de peligro y cuyas familias, identificadas mediante valoración socio-económica y familiar, presentan una alta vulnerabilidad social y carecen de oportunidades para satisfacer adecuadamente las necesidades fundamentales de sus niños o adolescentes. En esta modalidad de atención se encuentran los usuarios de Hogares Biológicos y Subsidio de apoyo a la niñez.

2.6.7 Hogar Amigo

Corresponden a familias que voluntariamente deciden apoyar integralmente al niño, niña o adolescente, que no están incluidas dentro del registro de hogares de paso, ni sustitutos, sin contraprestación alguna y que para la ubicación del niño, niña o adolescente requiere ser estudiado previamente y aprobado el grupo familiar por la autoridad competente, es decir, el ICBF a través del equipo interdisciplinario.

Esta acogida voluntaria, gratuita y de tiempo completo a niños, niñas o adolescentes menores de 18 años con o sin discapacidad, con medida de colocación familiar por encontrarse en situación de peligro o de abandono; y brindar un ambiente afectivo y la protección integral para garantizar el cumplimiento y restitución de sus derechos, es la que menos costos acarrea al Estado, pero exige mayor formación del núcleo receptor pues en ese seno donde no hay exigibilidad es donde el apoyo biopsicosocial resulta mayormente positivo para los procesos de reubicación del niños, niñas y adolescentes[68].

---

[68] Cfr. Ibid., *Lineamientos Técnicos y Administrativos para Hogares Sustitutos y Amigos*. ICBF.

Este mecanismo es muy usado en procesos de adopción, donde el desarraigo de niños, niñas y adolescentes frente a su núcleo familiar se ha roto de manera definitiva o el criterio del operador de justicia, una vez agotado el procedimiento lo lleva al convencimiento de que la medida a adoptar para restablecer los derechos es la adopción.

Cada una de estas medidas debe ser tomada en el mismo auto de apertura de investigación y el operador de justicia debe elaborar un acta de ubicación y compromiso y anexarla al expediente para efectos de los seguimientos del caso.

2.6.8 Ubicación en Centro de Emergencia

Este servicio del Sistema de atención integral, es transitorio y se ofrece de manera inmediata a niños, niñas y adolescentes, remitidos por la autoridad competente, una vez ésta haya adelantado las acciones de verificación de garantía de derechos y se haya establecido la vulneración de alguno de sus derechos y que no proceda su ubicación en Hogar de paso. Son instituciones intermedias, que prestan servicios permanentes, durante las 24 horas, siete días de la semana, para cuidar y proteger niños, niñas y adolescentes durante su permanecía, garantizándoles sus derechos.

La permanencia de un niño, niña o adolescente no puede exceder de 10 días hábiles, tiempo en el cual la autoridad competente deberá determinar: Reintegro a la familia, ubicación en Hogar sustituto o remisión a un servicio de protección integral.

Esta medida no aplica para niños y niñas menores de 5 años, quienes si tuvieren situación especial de salud o discapacidad deben ubicarse en Hogares sustitutos especiales con apoyo de atención

2.6.9 La adopción.

Tal como lo define el Artículo 61 de la Ley 1098 de 2006, es principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, se establece, de manera irrevocable, la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

Este mecanismo es una institución dentro del derecho de familia, que le permite a los niños, niñas y adolescentes el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los miembros unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que esto implica, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

Esta medida se emplea cuando ha sido declarada la situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente por no contar con familia nuclear o extensa o cuando existiendo la misma no ofrece garantías a pesar de las acciones adelantadas por la autoridad competente, el correspondiente equipo interdisciplinario y con el concurso del SNBF.

Es una medida de protección mixta. En primera instancia el ICBF, declara “adoptable al niño” y posteriormente procede que sea homologada a través de sentencia judicial en los Juzgados de Familia, cuya sentencia debidamente ejecutoriada establece la relación paterno–filial.

El ICBF, tiene la obligación de seleccionar las familias que garanticen un hogar estable y seguro que garantice el desarrollo armónico del niño; el instituto dará un trámite preferente e inmediato para su asignación familiar a aquellas solicitudes para niños con discapacidades físicas, mentales o sensoriales, los grupos de más de 2 hermanos, los niños indígenas quienes gozan de jurisdicción especial y los mayores de 7 años. Así mismo, verificará que las partes que intervienen en la aplicabilidad de éste mecanismo comprendan que el trámite es gratuito, que la adopción es irrevocable, que el adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes, que por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue todo parentesco de consanguinidad.

2.7 TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS[69]

2.7.1 Asunto Conciliable.

Surtida la notificación o notificaciones del auto apertura del proceso de restablecimiento de derechos, la autoridad competente realizará la audiencia de conciliación dentro de los 10 días siguientes al conocimiento de los hechos.

2.7.2 Trámite de la Conciliación.

- ✓ **Si las partes concilian**: La autoridad administrativa, deberá mediante acta dejar constancia de lo conciliado y por resolución aprobará el acuerdo, el cual debe contener los requisitos que establece el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

- ✓ **Si las partes no concilian** o vencido el tiempo previsto para la realización de la audiencia sin que ésta se haya llevado a cabo, la autoridad competente mediante **resolución motivada** fijará provisionalmente las obligaciones de protección al niño, niña y adolescente y la obligación provisional de aportar alimentos, fijar visitas y custodia, entre otras.

2.7.3 Trámite sin Conciliación

En los eventos en los que no procede la conciliación o que el asunto no es conciliable o que fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo de los 10 días sin que se haya realizado la audiencia, la autoridad administrativa correrá traslado de la solicitud por cinco (5) días a las demás personas interesadas o

[69] Decreto 4840 de 2007 reglamentario del artículo 100 del código de la Infancia y la Adolescencia, disponible desde internet en: http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/decreto_4840_2007.html [con acceso el 27-06-2011]

implicadas de la solicitud para que se pronuncien y aporten pruebas que deseen hacer valer (Entendemos que en estos eventos **la solicitud** hace relación al proceso de restablecimiento de derechos y las partes involucradas son las que solicitaran o aportarán las pruebas).
Vencido el traslado de los cinco días, la autoridad competente decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las pruebas y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición.

2.8. PERIODO PROBATORIO.

Notificadas en debida forma las partes, la autoridad competente abrirá el proceso a pruebas por un término de 30 días y ordenará la práctica de las decretadas en el auto de apertura y a las solicitadas por las partes:

- ✓ Pruebas documentales
- ✓ Declaraciones
- ✓ Entrevistas
- ✓ Interrogatorio de parte
- ✓ Prueba testimonial
- ✓ Prueba pericial
- ✓ Otras

2.8.1 Facultades de comisionar pruebas

Los Defensores de Familia, Comisarios de Familia e Inspectores de Policía, podrán comisionar a autoridades administrativas con funciones de policía judicial para la práctica de pruebas fuera de su sede, conforme a lo establecido en el código de procedimiento civil; de igual manera y con el mismo propósito, podrán solicitar información a pagadores y a la Dirección de Impuestos Nacionales sobre

la solvencia y capacidad económica de las personas obligadas a suministrar alimentos.

Las autoridades administrativas podrán Imponer multa de 1 a 3 SMLMV a quienes rehúsen o retarden el trámite de solicitudes[70]; de igual manera, podrán avisar al respectivo superior y a la Procuraduría si el renuente fuere un Servidor público.

2.8.2 Entrevista con el niño, niña o adolescente

El Defensor de Familia, Comisario o Inspector de Policía entrevistará al niño, niña o adolescente para determinar sus condiciones individuales y circunstancias que lo rodean.

2.8.3 Traslado de pruebas

De todas las pruebas que se practiquen en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la autoridad competente dará traslado a las partes de las mismas conforme las reglas que dispone el Código de Procedimiento Civil.

2.8.4 Cierre de la etapa probatoria

Vencido el término probatorio la autoridad administrativa mediante auto cerrará la etapa y ordenará en el mismo el traslado del proceso a despacho para emitir el fallo pertinente, para lo cual fijará fecha para la celebración de audiencia de fallo. Se debe observar lo dispuesto en materia de citación y notificación del Art. 102 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

[70] El artículo 39 del Código de procedimiento civil indica que el juez tiene entre sus poderes disciplinarios la facultad de imponer multas de 2 a 5 SMMLV a quienes incumplan las órdenes impartidas en el ejercicio de sus funciones, ya sean servidores públicos o particulares. Es importante destacar que estas órdenes a menudo son desconocidas por los empleadores o pagadores de los sectores privados.

2.9 RESOLUCIÓN DE LA FASE ADMINISTRATIVA

La fase administrativa de los procesos de restablecimiento de derechos puede resolverse por:

2.9.1 Fallo.

La actuación administrativa se resuelve dentro de los cuatro meses siguientes a la presentación de la solicitud, o a la apertura oficiosa de la investigación y el recurso de reposición que se interponga contra el fallo, deberá resolverse dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del término para interponerlo.

De manera excepcional y por solicitud razonable del Defensor de Familia, el Comisario de Familia o Inspector de policía, el Director Regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales sin que exista en ningún caso nueva prórroga.

La autoridad administrativa luego del cierre de la etapa probatoria deberá proceder a emitir su fallo el cual debe ser motivado de conformidad con los informes de seguimiento (social, psicológico, nutricional, legal, entre otros), en todo caso deberá contener una síntesis de los hechos en que se funda, el examen crítico de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión.

El fallo se debe emitir a través de un acto administrativo (Resolución) el cual puede ser proferido en dos sentidos:

- Resolución de declaratoria de vulneración de derechos
- Resolución de declaratoria de Adoptabilidad:

2.9.2 Resolución de declaratoria de vulneración de derechos que ordena el reintegro del niño, niña o adolescente o la asignación de custodia con familia extensa.

Si las pruebas aportadas y lo informes del equipo interdisciplinario son favorables para el reintegro del niño con su familia nuclear o la asignación de custodia con la familia extensa, la autoridad competente mediante resolución ordenará el reintegro del niño, niña o adolescente o la custodia según sea el caso y podrá ordenar que el grupo familiar y el niño, niña o adolescente cumpla con las siguientes medidas accesorias, las cuales deberán ser señaladas concretamente, explicar su justificación e indicar su forma de cumplimiento, periodicidad de su evaluación y demás aspectos que interesen a la situación del menor de edad.

La Resolución que disponga la medida de reintegro o custodia deberá estar acompañada de un acta de compromiso que firmarán los padres o familiares y el niño, niña o adolescente.

Las medidas accesorias pueden ser aplicables:

a) Para el niño, niña o adolescente:

- La obligación de asistir a determinados centros educativos o de trabajo.
- La obligación de realizar determinadas tareas de reconocido interés comunitario. La obligación de participar en organizaciones creativas para el manejo del tiempo libre.
- La prohibición de acudir a determinados lugares o tratar con determinadas personas.

b) Para la familia o responsable:

Disponer que los padres o personas a cuyo cuidado esté el menor, cumplan algunas de las siguientes actividades:

- Fijación cuota alimentaria
- Imposición de multas

- Asistencia a un programa oficial o comunitario de orientación o de tratamiento familiar.

- Asistencia a un programa de asesoría, orientación o tratamiento a alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia, cuando sea el caso.

- Asistencia a un programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico.

- Cualquier otra actividad que contribuya a garantizar un ambiente adecuado.

2.9.3 Resolución de declaratoria de vulnerabilidad con cambio o confirmación de la medida.

Acorde a las pruebas y conceptos del equipo interdisciplinario, la autoridad competente en la resolución podrá ordenar el cambio de la medida de restablecimiento de derechos cuando las circunstancias lo ameriten, para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, niñas o adolescentes. También podrá confirmar la medida provisional, cuando de las pruebas conceptos y trabajo con familia se establezca que aún no están preparados para asumir el cuidado y atención del menor de edad.

De igual manera, estas medidas podrán ir acompañadas de otras que la complementen.

2.9.4 Resolución que declara la adoptabilidad del niño, niña o adolescentes.

La declaratoria de Adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al defensor de Familia[71].

El Comisario de Familia o Inspector de Policía que se encuentra adelantando un proceso de restablecimiento de derechos a favor de un niño, niña o adolescente y que conforme a las pruebas practicadas o aportadas, concepto interdisciplinario,

[71] A pesar de la competencia subsidiaria que indica el Art. 98 del código de la infancia y la adolescencia, en el segundo inciso del mismo artículo la ley determina que sobre la adoptabilidad solo debe pronunciarse el Defensor de Familia.

considere que debe ser declarado en adoptabilidad, dará traslado del proceso al Defensor de Familia y mediante.

La declaratoria de adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina del registro civil.

2.9.5 Elementos a tener en cuenta para cambio de medida de restablecimiento de derechos

Cuando se considere la posibilidad de cambiar de medida a un niño, niña o adolescente, el equipo interdisciplinario debe proceder a actualizar la historia socio - familiar, y a realizar estudio social, de cuyos resultados se podrá encontrar:

a. La necesidad de ratificar la medida de restablecimiento de derechos en el mismo servicio, incrementando la intervención con la familia.

b. El reintegro del niño, niña o adolescente a su familia sin cambio de medida, porque la familia ha superado las condiciones que dieron origen a la ubicación en medio familiar o institución, y cuenta con capacidades sociales, familiares y económicas para asumir el cuidado y atención de sus niños y niñas;

c. El reintegro del niño, niña o adolescente a su familia de origen mediante ubicación en Hogar Gestor por haber superado las condiciones de vulneración de derechos que dieron origen a la medida, y la familia cuenta con fortalezas que le permiten asumir su cuidado y atención, pero carece de recursos económicos suficientes para garantizar el ejercicio de los derechos.

2.9.6 Procedimiento de reintegro y responsabilidad de los operadores, cuando se ubica en Hogar Gestor.

-. Ubicación en la modalidad Hogar Gestor, de niños que egresan de programas de atención especializada o medio familiar: Se refiere al caso de niños, niñas o adolescentes para quienes se determina reintegro a su familia, por haber

superado las condiciones de vulneración de derechos que dieron origen a la medida institucional o de colocación familiar y cuenta con fortalezas que le permiten asumir su cuidado y atención, pero carece de los recursos económicos suficientes para garantizar el ejercicio de los derechos.

La autoridad competente puede considerar para estos casos, la medida de ubicación en Hogar Gestor, adelantando las siguientes etapas:

- **Primera Etapa.**

a. **Actualización del estudio socio-familiar**. El equipo respectivo de la autoridad competente, debe actualizar el estudio socio-familiar para establecer la condición actual de la familia.

b. **Evaluación de la información y emisión del concepto**. La autoridad competente evalúa la información reunida y registra en la historia de atención los resultados obtenidos, así como el concepto respecto del reintegro del niño, niña o adolescente a su familia en la modalidad de Hogar Gestor. El estudio adelantado permitirá establecer la viabilidad de ubicar al niño o niña con familia extensa, lo cual se deja claramente especificado en la historia, así como los servicios requeridos de acuerdo con sus necesidades (salud, educación, terapias de rehabilitación, atención terapéutica, u otros).

- **Segunda Etapa.**

a. **Preparación para el reintegro**. Se requiere adelantar un proceso de trabajo con la familia a fin de disponer, en primer lugar, las condiciones espaciales y ambientales de la vivienda, así como preparar el ambiente afectivo, teniendo en cuenta que se iniciará o reiniciará la convivencia después de un periodo de tiempo corto o prolongado que ha afectado en alguna medida la relación.

b. **Elaborar pacto familiar para reintegro.** Teniendo como elementos fundamentales las responsabilidades y compromisos mutuos, es importante explorar sentimientos del grupo familiar con relación al niño, niña, adolescente que reingresa y definir normas de convivencia que favorezcan a todo el grupo familiar, promoviendo relaciones familiares armónicas y respetuosas.

Se deben analizar las proyecciones a nivel familiar, educativo, laboral, social, etc.; tanto de forma individual como grupal, motivando a la reflexión sobre la responsabilidad que asumen frente a sus hijos y al ICBF.
En este aspecto vale la pena conocer la percepción que tienen de su familia tanto los padres como los hijos que retornarán a su hogar, la disposición de los adultos para constituirse en referentes afectivos y de protección de sus niños y niñas, los temores y expectativas del niño, niña o adolescente y de su familia respecto del cambio, los recursos protectores de que dispone el grupo familiar, las motivaciones, debilidades y fortalezas familiares, preocupaciones y aspectos que requieren apoyo.

Cuando los niños y niñas se encuentran en Hogar Sustituto o Amigo, o en otra modalidad a cargo del ICBF, el equipo de protección de la Defensoría de Familia, Comisaría de Familia o Inspección de Policía tendrá a cargo este proceso; cuando el Hogar Sustituto o Amigo está a cargo de entidad contratista, los niños están ubicados en Instituciones, o se encuentran a cargo de otra autoridad competente, este proceso es responsabilidad de los profesionales del área psico- social de la institución o de la entidad, y a ellos compete facilitar el acercamiento entre el niño, niña o adolescente y su familia, con el fin de facilitar que el reintegro se dé en las mejores condiciones.

En el caso de niños o niñas pequeños o con dificultades de comunicación, se podrá recurrir para la preparación a técnicas escritas o de dibujo, a observación directa frente a la interacción y a otras que diseñe o defina el equipo de protección o el equipo de la institución o entidad contratista.

c. Periodo de adaptación. Es importante observar que antes del reintegro algunos casos requieren de un periodo de transición y adaptación, que facilite al niño, niña y adolescente un acercamiento paulatino a su familia, de tal forma que se permita su permanencia en el hogar sustituto o institución por un periodo determinado, al mismo tiempo que alterna la estadía (fines de semana, días específicos, vacaciones) con su familia. Esto puede suceder especialmente cuando el tiempo de separación ha sido prolongado o cuando las circunstancias que ocasionaron la separación del hogar generaron tensiones o situaciones de difícil manejo. Este periodo es aún más recomendable cuando el niño será reubicado con su familia extensa. De esta manera se facilitará, entre otros, la creación, restablecimiento y/o

fortalecimiento de vínculos con su familia biológica o extensa, la definición de límites y normas de convivencia, la orientación y asesoría en aspectos específicos, y se permitirá una separación progresiva del lugar donde estaba ubicado por los vínculos afectivos creados con las personas con quienes convivió bajo la medida de protección.

d. Reintegro del niño a la familia con cambio de medida. La autoridad competente, con base en el concepto del equipo interdisciplinario elabora resolución ordenando el cambio de medida mediante el reintegro del niño, niña o adolescente a su familia de origen o extensa en la modalidad de Hogar Gestor y ordena el seguimiento.

Los profesionales del equipo interdisciplinario evaluarán la pertinencia de vincular a orientación familiar, a intervención terapéutica o a otros servicios intra o interinstitucionales al niño o a la familia, lo cual se dejará por escrito en la historia de atención, así como la necesidad de coordinar la vinculación a otros servicios del ICBF o del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

En la misma resolución se ordena la elaboración del **Pacto Familiar**, que contiene los compromisos de la familia frente al mejoramiento de condiciones de vida de sus niños, niñas o adolescentes.

- **Tercera Etapa**

Acompañamiento y Seguimiento Post reintegro. Se llevará a cabo con base en lo establecido en esta modalidad en el proceso de atención y en el proceso de seguimiento Post- reintegro.

-. Notificación del fallo. Una vez la Autoridad Competente profiere la Resolución de vulneración de derechos o de adoptabilidad según sea el caso, ésta se notificara dentro de los cinco días siguientes mediante aviso que se remitirá por medio de servicio postal autorizado, acompañado de una copia de la providencia correspondiente, cuando se conoce el domicilio o residencia de las partes.

Cuando no se conoce el domicilio o residencia de las partes, la notificación se realizará por Edicto conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil.

Contra la Resolución que declara la vulnerabilidad o la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, las partes podrán interponer el recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la Resolución.
Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá el expediente al juez de familia para que de oficio.

2.9.7 Carácter transitorio de las Medidas.

Las medidas que decrete la autoridad administrativa podrá modificarlas cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas.[72]

2.9.8 Seguimiento a las Medidas.

Las Autoridades Administrativas y equipos interdisciplinarios, deben realizar seguimiento a las medidas de restablecimiento que decreten a favor de un niño, niña o adolescentes así:

- Si aún no ha sido definida la situación del niño niña o adolescente, que se encuentra bajo medida en hogar sustituto o en atención especializada en la modalidad de internado, la autoridad competente y el equipo interdisciplinario deberá realizar mensualmente visita al lugar donde el menor se encuentre, para verificar su situación y determinar las acciones a seguir a efectos de decidir en el menor tiempo posible el reintegro con su familia de origen o entrega en custodia con la familia extensa, si a ello ha lugar.

[72] No se aplicará el carácter transitorio cuando se haya homologado por el juez la declaratoria de adoptabilidad o decretado la adopción. Así lo dispone expresamente la ley 1098 de 2006 en su artículo 103.

- Si el niño, niña o adolescente se encuentra con su familia, el seguimiento a la medida debe ser mensual mientras se define la situación del niño, niña o adolescente.

2.9.9 Ruta de Atención.

La Policía de la Infancia y Adolescencia en cumplimiento a lo previsto en el Art. 142 del Código de la Infancia y la Adolescencia, deberá proceder a la identificación del niño o la niña y a la recolección de datos de la conducta punible, además deberá:

- Ubicar e informar a sus padres o representantes legales.
- A brindar un buen trato físico, psicológico y moral al niño, niña o adolescente
- A ser puesto a disposición de las autoridades de protección y restablecimiento de derechos de manera inmediata o al término de la distancia.

Una vez puesto a disposición de la autoridad competente, ésta deberá constatar las diligencias anexas al caso como son: la identificación del niño o niña, el acta de buen trato físico, psicológico y moral, el informe de policía en el que se indique día, hora y lugar en que el niño o niña fue sorprendido en flagrancia o no, los datos de ubicación de los padres o representantes legales y la querella de ser posible.

En cumplimiento del debido proceso y del derecho de defensa, deberá constatar que efectivamente el menor es puesto a disposición por una conducta considerada como punible, para efecto de direccionar la atención que requiera de acuerdo a su problemática.

2.10 NIÑOS Y NIÑAS MENORES DE 14 AÑOS PERTENECIENTES A LOS GRUPOS ÉTNICOS

Cuando incurran en la comisión de un delito, serán puestos a disposición de la autoridad étnica, quien según las normas y procedimientos de sus propias comunidades, conforme a la legislación especial consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política, los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados y en vigor por Colombia y la ley, aplicará la medida de restablecimiento de derecho, que no debe ser contraria a su dignidad y que garantice los mínimos derechos fundamentales del niño o niña[73].

En caso contrario previa coordinación con la autoridad étnica, la autoridad administrativa deberá tomar, la medida de restablecimiento de derechos conforme a las circunstancias observando y respetando el derecho de identidad del niño, niña o adolescente y privilegiando, si es del caso, la ubicación provisional del menor de edad en un hogar sustituto de la comunidad étnica.

En el proceso de restablecimiento de derechos que adelante la Autoridad Administrativa, en todos los casos que involucre niños, niñas y adolescentes de diferentes comunidades étnicas, se debe hacer partícipe de las acciones, medidas y decisiones a la autoridad y comunidad étnica sea reconocida o no por la ley Colombiana.

2.11 NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MENORES DE CATORCE AÑOS, CON DISCAPACIDAD FÍSICA O MENTAL QUE INCURREN EN LA COMISIÓN DE DELITOS

Este grupo etario se somete al proceso administrativo de restablecimiento de derechos y las medidas que tomen los operadores de justicia aseguraran los derechos establecidos para esta población conforme las leyes y tratados internacional de derechos humanos.

---

[73] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-344 de 1998,: *"La Constitución Nacional, en el artículo 246, de manera expresa, al regular las jurisdicciones especiales, autorizó el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las "autoridades de los pueblos indígenas", con dos condiciones, a saber: la primera, que dichas funciones se ejerzan en el ámbito territorial de la respectiva comunidad; y la segunda, que las normas y procedimientos que se utilicen para el efecto, no sean "contrarios a la Constitución y leyes de la república"*

Precisó la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, en el artículo 40, que los Estados deberán establecer una edad mínima en la que se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, como lo ratifica el Código de la Infancia y la Adolescencia cuando señala que las personas menores de 14 años no serán juzgadas, ni declarados responsables penalmente, ni privadas de la libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible.
Caso semejante de diferenciación positiva contiene respecto de los niños, niñas y adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años con discapacidad psíquica o mental, quedan excluidos del Sistema de Responsabilidad Penal según lo determina el artículo 142.

El legislador en este caso siguió la tradición civil en cuanto que la responsabilidad civil corresponde a los padres o representantes legales del niño o niña menor de 14 años que infringe la ley, así como la responsabilidad penal en el sentido que define el artículo 25 del Código Penal.

Entonces, fieles a la dogmatica de protección y reserva, a los niños y niñas que estén en las anteriores circunstancias e incurran en la comisión de un delito, sólo se les aplicarán medidas de la verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y del Derecho de Defensa.

Y entonces ¿qué operador de justicia es el competente para resolver sobre este tipo de responsabilidad?, el defensor de familia (y ante su inexistencia lo hará Comisario de Familia y en ausencia de éste al Inspector de Policía) del lugar donde se encuentran los niños, niñas y adolescentes.

Ahora, frente al caso de los adolescentes entre 14 y 18 años que han incurrido en una infracción penal, aún cuando son sujetos del sistema de responsabilidad penal, por la aplicación del principio de oportunidad o cualquier otra forma en que las autoridades de este sistema - fiscales, jueces- eviten el proceso judicial para el adolescente, se remitirá el caso a competencia del Defensor de Familia quien dará inicio al proceso administrativo de restablecimiento de derechos, sin olvidarse que los derechos de los niños son prevalentes y que entre ellos deben respetarse el debido proceso y el derecho de defensa, así como el respeto por las garantías procesales y sustanciales propias de un proceso administrativo de verificación y restablecimiento de derechos.

2.11.1 Medida por flagrancia

Si los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años son sorprendidos en flagrancia por una autoridad de policía, deberán ser puestos inmediatamente a disposición de la autoridad competente (defensor de familia o juez); si en cambio es un particular que lo sorprende, deberá ponerlo a disposición de la autoridad policial de manera inmediata.

El cuerpo de policía de Infancia y Adolescencia con funciones de Policía Judicial y la Policía de Vigilancia, deberán respetar los derechos y las garantías de los niños y niñas que incurran en la comisión de un delito, disposiciones previstas tanto en los tratados internacionales, en el Código de la Infancia y la Adolescencia y demás disposiciones internas referentes al tema.

Al momento de la aprehensión, por estar inmersos en un sistema penal garantista de corte acusatorio, se deberá dar lectura a los derechos que le asisten a los niños, niñas y adolescentes al momento de la aprehensión, entre los cuales están:

I) Informarle el hecho que se le atribuye y que motivó su aprehensión.

II) Ubicar e informar a sus padres o representantes legales.

III) Informarle respecto al derecho que le asiste de asignar un abogado particular o del Sistema Nacional de la Defensoría Pública.

IV) A recibir buen trato físico, psicológico y moral por parte de los funcionarios que realizaron el procedimiento de aprehensión.

V) A ser puesto a disposición de las autoridades de protección y restablecimiento de derechos de manera inmediata o al término de la distancia.

Procederá indubitablemente el agente de policía proceder a la identificación del niño o la niña y a la recolección de datos de la conducta punible. En el evento en que no porte documento de identidad el Defensor de Familia deberá solicitar a través del Instituto Nacional de Medicina Legal la práctica de examen que determine la edad, entre tanto se le reconocerá la minoría que el sujeto alegue.

Acto seguido el auxiliar del operador de justicia recolectará los datos de la conducta punible para lo cual deberá indagar por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevaron a cabo los hechos y la recolección del elemento material probatorio y la evidencia física con cadena de custodia, la trasladará a la bodega de evidencias de la Fiscalía o la asignada para tal fin por la Dirección Ejecutiva de la Administración de Justicia.

Una vez que el Defensor de Familia tenga conocimiento de la aprehensión, deberá constatar las diligencias anexas al caso como son: la identificación del niño o niña, el formato de lectura y materialización de derechos de aprehensión, el acta de buen trato físico, psicológico y moral, el informe de policía en el que se indique día, hora y lugar de la aprehensión, los datos de ubicación de los padres o representantes legales y la querella de ser posible. Además en aras de garantizar el debido proceso y del derecho de defensa, deberá constatar que efectivamente los niños, niñas y adolescentes son puestos a disposición por una conducta considerada como punible, para efecto de direccionar la atención que requiera.

A pesar de los pasos previstos en el mismo Código de la Infancia y la Adolescencia, la Corte Constitucional ha manifestado que existen importantes lagunas normativas ante la aprehensión de menores infractores de la ley penal, en los siguientes términos:

> *"El artículo 191 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) configura un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los adolescentes capturados en flagrancia, el cual tiene previstas las siguientes etapas: (i) conducción inmediata ante el Fiscal delegado, (ii) presentación dentro de las 36 horas siguientes ante el Juez de control de garantías para que se expongan las circunstancias en que se produjo la aprehensión, constituyendo una manifestación de los principios de especificidad y diferenciación en materia de la investigación y juzgamiento de los adolescentes porque establece una reglas procesales especiales para los casos de captura en flagrancia, las cuales se apartan de la regulación establecida en el C. P. P. y, por lo tanto, constituyen una excepción frente a la regulación contenida en el C. P. P.. Sin embargo, el procedimiento presenta algunas lagunas normativas que suscitan importantes dudas hermenéuticas porque en primer lugar no establece un término para que el fiscal formule la solicitud que contiene la acusación, ni tampoco prevé una ritualidad específica para adelantar esta actuación, tampoco define si el juez de control de garantías debe pronunciarse sobre la solicitud del fiscal, ni tampoco prevé una ritualidad*

específica que deba surtirse ante la autoridad judicial y en la cual esté prevista la participación de los sujetos procesales para tales efectos"[74].

2.11.2 Remisión por el juez, el fiscal u otra autoridad.

En aras de aplicar el debido proceso y hacer prevalecer de manera real la justicia material, en coherencia con los tratados internacionales que abogan por evitar al máximo la vinculación de niños y adolescentes a procesos penales, las autoridades del Sistema de responsabilidad penal de adolescentes, podrán mediante la aplicación del principio de oportunidad suspender la acción penal contra los niños, niñas y adolescentes y si consideran pertinente remitir el caso al Defensor de Familia para el respectivo proceso de restablecimiento de derechos.

También deberá el operador judicial, cuando en la investigación de un delito se encontraren involucrados niños y niñas menores de 14 o niños y adolescentes con discapacidad mental, remitir el caso, junto con la identificación y demás documentos que soporten la realización de la conducta punible.

2.11.3 Cuando el niño o la niña se entregue de manera voluntaria

En este caso el sujeto a juzgar deberá ser puesto de inmediato a disposición del Defensor de Familia. El equipo interdisciplinario procede a la pronta ubicación de sus padres o representantes con el fin de asegurar su concurrencia y lograr tanto la identificación y edad del niño como la información básica relativa a la situación por la cual se está autoincriminando, garantizándole así el debido proceso y la prevalente afirmación de sus derechos.

[74] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-684 de 2009, M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

2.11.4 Cuando se formule denuncia o querella ante la Policía en contra del niño o niña

Si se tiene en cuenta que la querella o denuncia es la manifestación juramentada de una persona ante la Policía judicial u otra autoridad competente sobre la posible comisión de un delito, una vez que esa sea recibida la denuncia o querella deberá proceder a realizar las diligencias tendientes a la ubicación del niño y la familia e Informar y remitir a la autoridad de restablecimiento de derechos.

2.11.5 Niños y niñas menores de 14 años pertenecientes a las comunidades Indígenas

Este grupo etario y étnico será juzgado según las normas y procedimientos de sus propias comunidades conforme a la legislación especial indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política, los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y la ley, siempre y cuando la sanción impuesta no sea contraria a su dignidad.

Es una tarea de las autoridades autóctonas el restablecimiento de derechos, previa constatación que cualquier niño o adolescente pertenece a esas comunidades indígenas e incurren en la comisión de un delito, que no sean sometidos a maltratos o vejaciones, o cualquier otra conducta que atente contra su dignidad humana.

El operador judicial procederá a la apertura de la historia de atención y se adelantará el proceso establecido en los artículo 99 y siguientes del código de la infancia y la adolescencia, común a todos los casos de condiciones de inobservancia, vulneración o amenaza de derechos.

En consecuencia son tareas comunes para el operador de justicia:

- ✓ Determinar si el ingreso es consecuencia de la comisión de un delito penal y la clase de delito

- ✓ La identificación y concurrencia del niño o niña, de sus padres o representantes o personas con las cuales conviva o de quienes de hecho lo tuvieren a su cuidado

- ✓ La citación del niño o adolescente menor de 14 años y sus padres o representantes legales o de quienes dependa.

- ✓ La citación de implicados en la violación o amenaza de sus derechos.

- ✓ verificación de derechos de acuerdo con el artículo 20 y 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia**.**

- ✓ Aplicación de medidas provisionales de urgencia que el caso amerite a favor del niño o niña para su protección integral.

- ✓ Aplicación del Derecho al debido proceso y a las garantías procesales.

- ✓ Práctica de las pruebas que resulten necesarias.
- ✓ Garantizar el Derecho que tiene el niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez.

- ✓ Garantizar que las resoluciones emitidas por la autoridad competente estarán sujetas al recurso de reposición, y las demás garantías consagradas en la Constitución, la Ley y los Tratados Internacionales, según el artículo 151 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DESDE LA PONDERACIÓN Y LOS ACTOS DE HABLA

Nos proponemos ahora un análisis a la luz de las categorías desarrolladas en el capítulo uno a la luz de dos pronunciamientos jurisprudenciales sobre algunas de las medidas de protección que fueron detalladas en el capítulo dos.

Para una mejor exposición, aplicaremos las teorías en mención en cada una de las sentencias que hemos seleccionado para el estudio, inmediatamente después de ir relatando los hechos, los argumentos de la parte accionada, la descripción del problema y los argumentos de las cortes en cada sentencia. Hemos querido facilitar la lectura del análisis hermenéutico cambiando la fuente a cursiva en las citas, para diferenciar los dichos de las partes y de los jueces en los procesos judiciales del análisis de las mismas a la luz de las explicaciones filosóficas precedentes, de modo que se puede entender con más facilidad la parte del texto de las sentencias sobre la cual está recayendo el análisis.

3.1 HECHOS SENTENCIA T-572 DE 2009. (CASO FLORIDABLANCA SANTANDER)

Manifiesta la señora madre de un menor de edad que el día 12 de noviembre de 2008 se hicieron presentes en su residencia unos agentes de policía, *"junto con una persona **que dijo ser** Defensor de Familia del Municipio de Floridablanca, quien no se quiso identificar, para según ellos, llevarse a mi menor hijo JUAN S."*[75] La no identificación puede acarrear, en términos de Austin, que el acto del lenguaje, en su función realizativa, quede desvirtuado. Como se recordará, una de las condiciones para que un acto jurídico tenga validez (acto jurídico que de hecho se realiza con la ayuda del lenguaje) consiste en que las personas encargadas de ejecutar expresiones que vayan a tener efecto sobre la realidad, es decir, ente caso, que intenten cambiar la realidad de este menor, deben a su vez estar autorizadas por las mismas normas del derecho para hacer lo que dicen que están autorizadas a hacer. No se afirma aquí que la autoridad en este caso no existía; lo que se dice es que la madre de familia "sabe" que la identificación es una forma de asegurar que la autoridad es la que dice ser que es, pero además, "sabe" que sólo

[75] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-572/09. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto. No citaremos los nombres propios de los menores y solo las letras iniciales de los nombres de los adultos, para garantizar su derecho a la intimidad.

si esto es cierto, se puede llevar a cabo la diligencia, en palabras de Austin, se puede realizar el acto del lenguaje. Por otra parte, hay que darse cuenta de que parece un acto casi natural que la madre de este menor "sepa" que para que un acto jurídico no sea infortunado (esta es la palabra que usa Austin)[76] debe poder ser ejecutado por la persona que está investida por la autoridad para hacerlo. Es posible que la norma no establezca expresamente que las autoridades respectivas deban identificarse ante una diligencia de estas; sin embargo, sigue siendo verdad que si la autoridad no está investida del poder para ejecutar una acción, ésta queda sin fundamento. Así, cualquier expresión que se diga en el marco de una diligencia sin que se den estas circunstancias, puede quedar invalidada. En principio, la madre del menor "sabe" esto y por eso solicita la identificación del comisario de familia.

En efecto, según relata el texto de la de la sentencia, la madre del menor manifestó que:

> *"…cuando llegaron esas personas los atendí personalmente, les abrí la puerta y los dejé pasar…" "…Al ingresar a mi residencia iniciaron una conversación con mi hijo, sin decirme nada al respecto, les pregunté qué sucedía y me dijeron que se llevaban al niño por estar en abandono…"*[77]

Una vez más, la madre reclama sobre si el procedimiento de una diligencia de esta naturaleza puede incluir un diálogo con el menor, es decir, si existe norma expresa de que esto puede realizarse y el modo como debe hacerse. La función de acto de habla que aquí queda subsumida es la prescriptiva o directiva. Como se recordará, esta función tiene tres posibilidades: A) Señala las acciones que se *pueden* realizar, junto con las circunstancias y hechos del caso. B) En segundo lugar, establece o indica autoritativamente qué clase de ellas *no se pueden* realizar ni producir (no son posibles), indicando también los sujetos y circunstancias para los cuales dichas acciones o situaciones no tienen vía libre. C) Por último, también establece qué acciones, hechos y estados de cosas *no se pueden no* hacer ni pueden no producirse. En su orden, estos actos del lenguaje puede igualmente llamarse así: A) Permisos o autorizaciones. B) Prohibiciones. C) Mandatos u órdenes. En este caso particular, queda engarzado un acto del lenguaje referido a permisos y autorizaciones.

---

[76] AUSTIN, Jhon. Cómo hacer cosas con palabras. Op. Cit., Véase la conferencia III. p. 66-81
[77] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-572/09. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

De la misma forma, relata la sentencia que la angustiada madre interlocutó de la siguiente manera con los funcionarios:

> *"Cuando me informaron que la visita tenía como fin llevarse a mi hijo, les pregunté que en que (Sic) se basaban para tomar esa decisión sin obtener respuesta, sólo se limitaban a contestarme que se lo llevaban y que nunca lo volvería a ver, les pedí que me dieran pruebas del supuesto abandono, pues cuando ellos llegaron yo me encontraba presente en la casa y el supuesto Defensor de Familia me dijo que tenía una prueba, le dije que la mostrara y se negó aduciendo en tono amenazante que nunca más volvería a ver a mi hijo"*[78].

Resulta bien interesante este apartado. En efecto, es de anotar que el reclamo de la señora madre de familia versa sobre el lenguaje: *"les pregunté que en que (Sic) se basaban para tomar esa decisión sin obtener respuesta, sólo se limitaban a contestarme que se lo llevaban y que nunca lo volvería a ver, les pedí que me dieran pruebas del supuesto abandono"*[79]. Las palabras no son, en este sentido, comodines en el derecho; sin más, ellas son la expresión de actos de habla que deben estar acordes con el hecho mismo que se quiere realizar. Por lo demás, vuelve a estar aquí en juego el acto de habla prescriptivo o directivo, pues lo que se reclama (es decir, lo que reclama la señora) no es otra cosa que la norma que corresponde a los hechos del caso. Si algún hecho se señala como contrario a los deberes de un ciudadano, lo menos que puede esperarse es que, además de los hechos, que son los que está reclamando la madre de familia, exista una norma que corresponda con los mismos. La madre reclamaba, además, un enunciado prescriptivo que se acomodara a su caso particular.

Indica que cuando su compañero permanente se hizo presente, le manifestaron que el día anterior, entre las 6 y 8 de la noche había pasado la policía por su residencia y que encontraron al niño solo. Al respecto aclara que *"eso no podía ser cierto, pues yo estuve en mi casa a esa hora y antes había estado mi esposo JLP, y en ningún momento se hizo presente la fuerza pública, así que la agente de policía dijo que tal vez había llegado a las 6:30 p.m., en fin no supo contestar"*[80].

---

[78] Ibid.

[79] Ibid.

[80] Ibid.

Explica que *"durante el tiempo que duró la diligencia, no hicieron otra cosa que amenazarme y amedrentarme con frases intimidantes como que no volvería a ver a mi hijo y que era pésima madre"*[81].
Una vez más, el asunto está vinculado con el lenguaje, es decir, con la solicitud corriente de que las palabras en una actuación en derecho deben ser las correspondientes con las normas, los hechos y, en general, con las condiciones del caso en particular.

Agregó el escrito de la demanda que se incumplió lo previsto en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006[82], por cuanto no se dejó constancia expresa de la verificación de la documentación señalada en la norma, tal como registro civil de nacimiento, vinculación al sistema general de salud y al sistema educativo, etc.

Por último, alega la violación del artículo 57 de la Ley 1098 de 2006, por cuanto la medida de ubicación del niño en un hogar de paso sólo procede cuando aquél se encuentre solo, situación que no se presentó por cuanto ella misma les abrió la puerta a los funcionarios que adelantaron la visita.

Dos actos del lenguaje en la nomenclatura de Austin quedan implicados aquí. Por un lado, la función prescriptiva y directiva, pues las normas a las que se alude deben indicar lo que está prohibido, lo que está permitido y lo que es un mandato. Pero, por otra parte, hay un acto del lenguaje de enunciados definitorios o aclaratorios, pues todas las normas son indicaciones conceptuales que deben entenderse en su definición para poder aplicárselas a la realidad.

---

[81] Ibid.

[82] Artículo 52. En todos los casos, la autoridad competente deberá, de manera inmediata, verificar el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, deberá verificar:

1. El Estado de salud física y psicológica.
2. Estado de nutrición y vacunación.
3. La Inscripción en el registro civil de nacimiento.
4. La Ubicación de la familia de origen.
5. El Estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos.
6. La vinculación al sistema de salud y seguridad social.
7. La vinculación al sistema educativo.

El cierre de los hechos es bastante aleccionador para lo que estamos diciendo. Podemos preguntar: ¿qué se espera de esta intervención, relatada de este modo, frente al hecho en cuestión? Dicho de otra manera: ¿qué se persigue con estos actos de habla producidos hasta el momento? La respuesta a estas dos preguntas puede quedar clara si analizamos la última parte de los hechos relatados:
En este orden de ideas, solicita (la madre del menor) se le ordene a la Casa de Justicia, a la Defensoría de Familia y a la Alcaldía, todas ellas de Floridablanca, que *"devuelvan inmediatamente al menor JUAN S a su seno familiar, es decir, me sea devuelto mi hijo y se ordene resarcir los perjuicios morales causados a mí y a mi familia"*[83]. Alegan como vulnerados sus derechos fundamentales a conformar una familia y al debido proceso administrativo.

Lo que se pide, en fin, no es otra cosa que se ejecute un acto del lenguaje, por parte de la autoridad competente, con un efecto perlocutivo para que la realidad quede revertida con respecto a una realidad ya existente: la separación del niño del seno de su familia. En otras palabras, la solicitud de la madre es, por decirlo así, para que se produzca un acto del lenguaje que cree una realidad diferente a la ya existente.

Hay que advertir lo siguiente. En el caso que estamos considerando, el regreso del menor ya se había producido antes de este pronunciamiento de la Corte Constitucional. Por eso cobra sentido que la Corte misma manifieste en muchas ocasiones que, pese a no existir el objeto de la discusión, es decir, pese a no requerirse ya ninguna decisión, se hace necesario advertir para que en casos futuros no se generen realidades contrarias el derecho; o, como podríamos decir aquí, contrarias a los actos de habla donde éste tiene lugar.

3.2 LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA

Explica que la diligencia fue atendida por la accionante, a quien se le explicó el motivo de la misma, y que luego la psicóloga "procedió a valorar al niño JUAN S, donde se constató la vulneración a su integridad personal, por abandono físico y emocional por parte de la progenitora". Que igualmente se le puso de presente el informe policivo de fecha 12 de noviembre de 2008, proferido por la Coordinadora de la Policía de Infancia y Adolescencia. Confirma que efectivamente se procedió a entablar un diálogo con el niño.

[83] Ibid.

La respuesta, como era de esperarse, se dirige al núcleo central de los actos de habla implicados en este caso. Para comenzar, parece indicarse que un acto como el ejecutado por la psicóloga corresponde a actos de lenguaje de enunciados prescriptivos en los tres sentidos a los que hemos hecho referencia. Estos es, según los demandados en sede de tutela, las instituciones que realizaron el procedimiento eran las autorizadas para ello, es decir, tenían la autorización de la ley; tenían una prohibición fundamental con respecto a sus cargos y era la inacción frente al caso; y finalmente, cumplían un mandato positivo, según el cual no podían dejar al menor en la situación de abandono.

En cuanto al contenido del informe de policía, el accionado afirma que *"presumo la buena fe"*; así mismo, niega que se hubiese maltratado a la madre del niño.

De otra parte, queda engarzada la función de los enunciados aclaratorios y definitorios (la buena fe en este caso) como un argumento para sopesar las afirmaciones de la parte demandante.

En cuanto a la práctica de la diligencia, sostuvo la parte accionada que:

> *"en la misma casa se encontraba un perro raza labrador, color amarillo, al parecer con síntomas de sarna, situación que atenta contra la salud del niño y la salubridad pública. Si bien, el niño contaba al momento de la diligencia con la compañía de su progenitora y representante legal, ésta compañía no es permanente,según manifestación de sus vecinos"*.[84]

Asegura que realmente no tuvo lugar un allanamiento y rescate, por cuanto la progenitora del niño autorizó el ingreso al domicilio, *"para así constatar las condiciones del niño y dictaminar su vulnerabilidad a la INTEGRIDAD PERSONAL".*

El Juzgado 4º Administrativo del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia proferida el 3 de diciembre de 2008, negó el amparo solicitado, con base en los siguientes argumentos:

---

[84] Ibid.

Asegura que son dos los reproches que se le hacen a la Comisaría de Familia de Floridablanca: haber inaplicado en su integridad el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006; y (ii) aplicar indebidamente el artículo 57 de la misma normatividad.

En lo que concierne al artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, referente a las normas sobre restablecimiento de derechos, indica que una lectura literal de la misma podría llevar a la concluir que es requisito *sine qua non* para la imposición de la medida provisional, la constatación de determinadas exigencias: estado de salud física y psicológica del niño, estado de nutrición, inscripción en el registro civil de nacimiento, vinculación al sistema educativo, entre otras.

Sin embargo, el juzgado de instancia consideró que:

> *"el objeto de la actuación administrativa que adelante las comisarías de familia o entidad competente para ello es precisamente culminar con la verificación de estas exigencias y así tomar la decisión que corresponda en pro de los derechos del sujeto pasivo…si ello no fuera así, sería inane la aplicación de las medidas provisionales de urgencia en la providencia de apertura de investigación"*[85].

Por otra parte, en relación con la aplicación del artículo 57 de la Ley 1098 de 2006, referente a la imposición de la medida provisional, indica que la accionante se equivoca por cuanto el niño no fue ubicado en un hogar de paso sino en uno sustituto, no presentándose por tanto vulneración alguna de derechos fundamentales.

Ahora bien; dejemos por un momento el análisis de los actos de habla expuestos hasta aquí y pasemos a examinar el tema de los argumentos. Esto puede hacerse ahora a partir de la teoría de la ponderación de Alexy. Como se recordará, esta teoría puede aplicarse a situaciones en las que hay valores que deben optimizarse. Así, el valor de permanecer dentro del seno familiar consagrado por norma constitucional, puede entrar a rivalizar con otros que pueden correr un mayor peligro de no llegar a protegerse. Desde esta perspectiva, pasemos entonces a determinar cuál es el ejercicio de ponderación llevado a cabo por la Corte Constitucional, no sin antes retener la argumentación de un juzgado de Bucaramanga para desatender la solicitud de la accionante.

[85] Ibid.

En este orden de ideas, el juez concluyó lo siguiente:

> "*En el presente caso es manifiesto que en virtud de la intervención de la policía nacional y del informe que este (sic) rindiere, la comisaría de familia de Floridablanca decide aplicar como medida provisional de urgencia la ubicación en hogar sustituto, decisión que en forma alguna puede ser censurada en vía de tutela porque la función de aquél servidor público es la efectividad de derechos de personas sujetas a una especial protección. Entonces, del valor que la comisaría de familia de Floridablanca da al informe de la policía nacional rendido el pasado 12 de noviembre, surge su decisión que (sic) aplicar los correctivos provisionales que no comparte el (sic) accionante, quien por demás no tiene fundamento alguno que avale sus afirmaciones (las de la tutelante)*".[86]

3.3 LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para empezar, digamos que son los valores y los principios los que entran en juego en la ponderación, como ya se ha dicho. Ellos indican una condición de lo que debe tomarse como preferible, es decir, de aquello que se tiene como un mandato al que se debe ceñir una decisión. En este caso particular, la pregunta por lo preferible debe responder a si el menor estará en mejores condiciones en un hogar sustituto o en el suyo propio, lo cual requiere de un ejercicio de ponderación.

Recordemos lo que decíamos antes: El primer paso es definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En este caso, si se afecta la integridad del menor o si se afecta su derecho a permanecer en el seno de su familia.

Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Esto se hace cuando la Corte Constitucional, in extenso, pasa a definir la familia y la importancia de crecer y desarrollarse dentro de ésta.

[86] Ibid.

Pero es el tercer aspecto de la ponderación el que ahora conviene a este caso, es decir, el relacionado con la variable **S** sobre la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto -por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a la hija al hospital- proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a permanecer dentro de la familia y a la integridad física. ¿Qué se requiere entonces aquí para llevar a cabo la ponderación? Sin más, que los hechos empíricos que dan prueba de la afectación de uno de los principios sean claros con respecto al daño causado. Por eso, en este caso, la Corte considera que esta variable ha sido incorrectamente interpretada por la juez que lleva el caso, según los siguientes argumentos:

En primer lugar, **la diligencia de allanamiento y rescate no podía haber sido decretada** por cuanto no se contaba con el material probatorio necesario para ello. Es decir, que no había seguridad sobre las apreciaciones empíricas que fundamentaban la decisión, o dicho de otro modo, no se había establecido cierta conmensurabilidad del perjuicio sufrido por el menor. En efecto, los informes de policía judicial no son prueba, con lo cual se precisaba de mayores elementos de juicio para decretar la medida. Tanto es así que el día en que aquella diligencia se realizó, la madre del menor atendió personalmente a las autoridades, sin que se constatara objetivamente existencia alguna de abandono, ni físico ni psicológico.

En segundo lugar, de conformidad con todas las pruebas que obran en el expediente, resulta evidente que la imposición de la medida de restablecimiento de derechos, consistente en ubicación en un hogar sustituto, según la corte:

> "*…fue desproporcionada y arbitraria por cuanto (i) no se contaba con pruebas objetivas que la respaldaran; (ii) existían medidas menos drásticas (amonestación) de protección del menor; (iii) su duración fue exagerada (casi 6 meses); y (iv) siempre estuvo presente el prejuicio según el cual un niño con cabello largo es sinónimo de menor abandonado, lo cual carece de todo respaldo psicológico siendo además discriminatorio".*[87]

[87] Ibid.

Con estos elementos puede ahora entenderse que el ejercicio de comprender el derecho pasa muchas veces por análisis del lenguaje y sus efectos, lo mismo que por el trabajo de ponderar las decisiones al tenor de los elementos probatorios que, como en este caso, den cuanta de si la efectiva vulneración de los derechos merece que se pase a su protección con medidas que sacrificarían otros derechos de manera temporal. Comprender el funcionamiento de los actos de habla en el campo jurídico y la ponderación como herramienta para la decisión de temas en justicia funge de labor indispensable en la ciencia jurídica.

En suma, como regla general, el niño siempre debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones imperiosas y determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. De igual forma, la evaluación de una situación de abandono debe ser integral, no pudiendo fundarse simplemente en apariencias, preconceptos o prejuicios de las autoridades públicas, en otros términos, deben existir datos objetivos que respalden la decisión administrativa y no confundir una situación real de abandono con la existencia de un entorno familiar en el cual se pretende simplemente equilibrar la difícil consecución de recursos económicos con la disponibilidad de tiempo con que cuentan los padres para dedicarle a los niños.

Para continuar con la exposición, examinemos ahora otro caso de justicia tratado en Santander.

3.4 HECHOS SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (CASO CÁRCEL MODELO DE BUCARAMANGA)[88]

La parte actora de este caso es una persona que fue privada de la patria potestad que ejercía sobre sus dos hijas menores de edad, mientras estaba privado de la libertad en la Cárcel Modelo de Bucaramanga. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar resolvió declarar el abandono de las menores y el Juez de Familia de Bucaramanga, homologó tal decisión.

[88] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrada Ponente, RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, Bogotá, D., C., cuatro (4) de abril de dos mil ocho (2008). Ref: Exp. N° 68001-22-13-000-2008-00037-01.

En acción de tutela contra el ICBF el padre de las menores, una vez recobró la libertad, solicitó para él y sus representadas la protección de los derechos a la familia y los concernientes a los niños; y, como consecuencia de ello, la orden a la autoridad administrativa accionada para que de manera definitiva le permita al padre ejercer *la custodia y patria potestad* de sus hijas menores.
Es decir, el accionante solicita que se realice un acto de habla con efectos perlocutivos materiales sobre una realidad concreta: la custodia y patria potestad de sus menores hijas. Como recordará el lector, habíamos afirmado que los actos de habla no sólo son actos locutivos, sino que, además, muchas veces dichos actos tienen efectos perlocutivos, es decir, valga reiterar, cambian situaciones concretas en el mundo real; en este caso, por ejemplo, se espera pasar de un estado en el que el padre no tiene sobre las menores ni los derechos ni los deberes que en su calidad de padre le atañen a otro en el que esta realidad cambie.

Pero, además, adviértase que toda conducta lingüística debe o debería generar una respuesta para que el acto de habla se configure de modo completo; es decir, se requiere una contestación a lo dicho, en el sentido más radical de que en toda sociedad están garantizadas las formas de encuentro del lenguaje entre dos interlocutores que se disponen a afectar la realidad. Dicho de otra manera, el derecho es un espacio del encuentro del lenguaje donde los participantes (quien demanda y a quien se le demanda) tienen unos turnos de habla e, incluso, unos tiempos para esas actuaciones de habla, a los que llamamos términos procesales.

Se llama la atención sobre el particular porque el caso que se examina a continuación es una clara violación a estas formas canónicas como están organizados en las sociedades los encuentros entre dos interlocutores. En el campo jurídico, de hecho, se constituye como una vía de hecho no hacer caso a estos rituales, los cuales se encuentran estandarizados en normas de procedimiento legales.

Adujo, el padre de familia en sustento de su accion de tutela, que K D C A, su hija, "*ingresó al instituto de Bienestar Familiar, al haber sido expuesta a una situación de peligro por parte de su progenitora, María Alzate Estrada*"[89], mientras su padre estaba privado de la libertad.

[89] Ibid.

Queda reconocido aquí, a diferencia de la situación del ejemplo anterior, de manera tácita, que sí había motivos para las acciones de Bienestar Familiar y, en ese sentido, se reconoce al acto de habla que se profirió en su momento como válido para las actuales circunstancias.

Apuntó, además, que fue detenido el 13 de septiembre de 2005 para purgar una condena pena en la Cárcel Modelo, lo que le impuso dejar a sus hijas bajo el cuidado de la mamá. Precisó, además, *que estando en el referido centro de reclusión, se enteró de que las niñas se encontraban bajo custodia del I. C. B. F.*, donde se comprometió a hacerse cargo de ellas, una vez recuperara su libertad.

Expresó que durante el tiempo de la internación siempre estuvo pendiente de sus hijas, *dando cuenta de ello las llamadas y los escritos dirigidos al ente de protección*. El acto de habla aquí implicado es el aclaratorio, según se ha definido éste en páginas anteriores.

Señaló, finalmente, que cuando recuperó la libertad acudió a la Defensoría del Pueblo, para que lo apoyaran en las gestiones tendientes a la devolución de sus descendientes.

3.5 LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en respuesta al oficio librado por el juez de tutela, asintió sobre el adelantamiento de un proceso administrativo que culminó con la Resolución 007 de 30 de marzo de 2007, por la cual se tomaron medidas de protección para las menores Karen Dayana y Pamela Alejandra Camelo Alzate, determinación que *"fue notificada a los padres y luego enviada para el trámite de homologación que se surtió ante el Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga*"

Es decir: se hace referencia a un acto con efecto perlocutivo que se adelantó con la resolución en mención, y, en este sentido, hay un acomodamiento a un acto de habla directivo en tanto el apoyo de esta acción fueron normas expresas del derecho.

El despacho judicial de familia de Bucaramanga, por su parte, relató que el 3 de julio de 2007 dictó sentencia, en el asunto en mención, de la cual procedió a remitir copia. En ella se advierte que la parte resolutiva es del siguiente tenor:

"PRIMERO; HOMOLOGAR la Resolución No. 007 de fecha treinta (30) de mano de dos mil siete (2007), proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", (folios 12 a 16 del cuaderno 2)[90].

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga acogió las súplicas constitucionales, al considerar que "se incurrió en una violación al derecho de defensa y al debido proceso "en el trámite que se adelantó para la declaración de abandono de las menores, puesto que se omitió resolver, previo a la remisión del acto para homologación, la solicitud de "nulidad" elevada por el accionante, y los "recursos" de reposición y apelación interpuestos por la madre de las niñas contra la resolución del ICBF.

Resulta de vital importancia este argumento porque en él queda configurado que **en el derecho algunos actos de habla son obligatorios** (como se dijo hace un momento) y que se puede estar incurriendo en nada más y nada menos que en una **vía de hecho**, si se saltan “rituales” que son de obligatorio cumplimiento; en este caso rituales con respecto al lenguaje, es decir, producción de actos locutivos cuyos efectos ilocutivos quedan claramente expresados en la forma de vida de los destinatarios de las normas jurídicas.

Explicitó el Tribunal Superior, además, que la sentencia del Juzgado Quinto de Familia de Bucaramanga, tampoco reparó en dichas falencias, contrarias a la garantía consagrada en el artículo 29 de la Carta Política (folios 17 a 24 del cuaderno 2). Es decir, que en este caso particular la autoridad competente para reparar estos vicios tampoco tuvo en cuenta que el derecho de defensa de los padres fue desconocido en el proceso administrativo. Implícita queda también, en esta omisión, que la norma que regula la adopción explicita a quién corresponde la tarea de homologar las decisiones de Bienestar Familiar, siendo esta homologación un paso obligatorio para dejar en firme tal decisión de adoptabilidad. Es decir, dicha homologación es otro acto de habla con efectos perlocutivos.

[90] Ibid.

La Defensora de Familia impugnó la anterior decisión, porque en su sentir lo resuelto *"resulta ajeno a las pretensiones expresadas por el accionante en su demanda, pues en ningún momento allí se mencionó vulneración a los derechos al debido proceso o la defensa que le fueron amparados en la tutela"*[91].

Esto nos plantea una situación aun más interesante: un acto de habla puede también ser implícito, por ejemplo, cuando se dice que se hizo una solicitud por escrito del derecho a la reposición y apelación y éste no se respondió, también se quiere decir, por el contexto, que se estaría violando el derecho al debido proceso; incluso, que se estaría violando el derecho de acceso a la justicia. En este sentido, bien vale la pena recordar que muchas veces los actos de habla requieren, para su correcta interpretación, del contexto donde estos mismos son producidos. Y el contexto, que no está propiamente dentro de las emisiones, es indispensable para entender los enunciados que produce un emisor. Por eso considera el Tribunal que el argumento del Juez de Familia es errático.

En torno a la primera petición del demandado puntualizó que fue respondida el 2 de mayo del año pasado, "haciéndole saber que conforme lo establecía el artículo 61 de la citada norma, su petición sería tramitada como oposición y remitida al Juez del Familia para el trámite de homologación", y en punto a los segundos, expresó que a la interesada se le dijo que "no era posible su trámite", a través de comunicación de 31 de mayo de 2007 (folios 144 a 148).

¿De quién es la competencia para tramitar una solicitud en tanto acto de habla? El asunto incrustado aquí se enfrenta a esa pregunta y supone normas expresas como expresiones de actos de habla que den cuenta de esta cuestión.

3.6 LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Establece el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, que para despachar la impugnación contra una sentencia de tutela, el superior debe analizar los motivos de inconformidad del impugnante, cotejándolos con el acervo probatorio y con el fallo, **(1)** de manera que si, a su juicio, la decisión del Juez de tutela carece de fundamento, es menester proceder a revocarla o, **(2)** en su caso, confirmarla, en el evento contrario. Con apego a derroteros procederá entonces la Sala a decidir lo pertinente.

[91] Ibid.

Sin dos actos de habla como los señalados con los numerales 1 y 2, sería absolutamente imposible tratar en derecho el caso de la referencia. En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia produce un enunciado aclaratorio en el cual queda también implícito uno normativo; en segundo lugar, afirma que tiene la competencia para producir un acto ilocutivo con fuerza perlocutiva, es decir, cambiar, como hemos dicho, una realidad que es contraria a derecho.
El debido proceso, consagrado como garantía fundamental, impone que no puede juzgarse *'"sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*.[92] Ese mismo precepto deja advertido que dicha exigencia es predicable de actuaciones judiciales como "administrativas" cuestión que ha sido reconocida en diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema.

Es decir: todo acto de habla es también un ritual al modo como lo es el debido proceso. No acatar estas condiciones (que son también condiciones que pone y tiene el lenguaje mismo) es atentar contra el derecho.

Para probar esto en términos de ritos, léanse estas afirmaciones de la misma Corte Suprema de Justicia:

La ley con la cual se **rituó** la actuación administrativa que en este escenario se censura, contempla la situación del menor *"abandonado o en peligro físico o moral"* previendo entre otros motivos originantes de ese estado, que:

> *"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 correspondientes, o carecieron de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor"* (Negritas fuera del texto).[93]

En dicha normatividad se consagra el trámite que debe darse a la actuación administrativa encaminada a la declaración de abandono o de peligro en que se hallare el menor, atribuyendo el conocimiento de esas diligencias al Defensor de

[92] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. Cit. Artículo 29.

[93] Ibid.

Familia correspondiente a la Oficina del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del lugar donde se encuentre el niño, funcionario que deberá pronunciar el auto de apertura de la investigación, a la cual citará personalmente o por edicto a "quienes, de acuerdo con la ley, deban asumir el cuidado personal de la crianza y educación del menor, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo...".

En ese orden de ideas, *"practicadas las pruebas solicitadas por los comparecientes y las ordenadas de oficio por el funcionario, éste deberá decidir lo pertinente, mediante resolución, la cual debe ser notificada* "personalmente" *a quienes hubieren comparecido, con indicación de* los recursos que pueden Interponerse contra la decisión del defensor"[94]*.*

Ejecutoriado el acto administrativo, y si en el mismo se *"solicitó la adopción como medida de protección"* se procede a la homologación ante el Juez competente.

Sobre la aludida actuación jurisdiccional se ha expresado que:

> *"La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa"* [95]

En fin, alusiones una y otra vez a los rituales propios de los actos de habla, sin los cuales la configuración de los hechos y la comprensión de las normas jurídicas no tendrían cabida a ningún tenor. En este orden de ideas, resulta evidente que la aplicación adecuada de la normatividad, aun cuando sea especialísima, como lo es la aplicable a la infancia y adolescencia, requiere la identificación de las reglas hermenéuticas subyacentes que indiquen que se está haciendo algo más que un mero ejercicio de subsumir el caso particular al cúmulo general de normas. Subsumir, como diría, Robert Alexy, es solo un ejercicio mecánico de aplicación jurídica. *La Justicia* reclama algo más.

---

[94] Ibid.

[95] CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-079/93. Este punto de vista es ampliamente aceptado por la Corte desde su más temprana jurisprudencia.

4. CONCLUSIONES

El derecho general de la niñez debe ser un espacio de consenso público, que trascienda los intereses corporativos y partidistas, y responda a un amplio movimiento social que convoque esfuerzos y voluntades con el criterio de co-responsabilidad (Familia-Estado-Sociedad), para dar vigencia a la doctrina de protección integral de la infancia y la juventud.

La interpretación del nuevo Código debe propender, así, a convertirlo en un instrumento para definir e implementar un sistema de garantías que articule de manera coherente y operativa las políticas, planes y programas. Se debe plantear un ruptura radical con la vieja jurisprudencia y los programas asistencialistas de protección y proponer una nueva concepción social, cultural y política de la niñez.

En lugar de una fría aplicación exegética del precepto legal es preciso crear bases, condiciones y mecanismos para la participación ciudadana en los asuntos de la niñez y prever los mecanismos de veeduría y control para garantizar el cumplimiento y la transparencia de las decisiones en favor de la niñez.

El mundo de las leyes, por su parte, no puede ser ajeno a la participación y la decisión de los ciudadanos que se ven afectados por ellas. Hoy también se requiere para el derecho la perspectiva constructiva que privilegie los procesos participativos y la solución conjunta de los conflictos socio-cognoscitivos como estrategia privilegiada para activar la toma de conciencia y alcanzar los máximos niveles de argumentación. Se trata de contribuir a crear y fortalecer la conciencia nacional y la voluntad política necesarias para que recojan las aspiraciones de los ciudadanos sobre el tratamiento que desea para sus niños y niñas.

Con seguridad, son muchos los problemas que enfrenta nuestro país en cuanto a la desprotección de su población (incluida la de los menores), y, por tanto, sería un absurdo monumental agregarle otro que emerja de la falta de dispositivos para interpretar a favor de esa misma niñez los derechos que el Estado debe ampararles por la vía jurisdiccional.

Entre esos derechos, el de la preservación de la unidad familiar ha sido resquebrajado a través una interpretación exegtetica de la Ley 1098 de 2006, en los casos que hemos sometido a estudio. Lo interesante del ejercicio crítico que

hacen las cortes es que clarifica el estatus del derecho a tener una familia, en cuanto aparece como un derecho fundamental que pugna con otros derechos y que, en un ejercicio de interpretación adecuado al contexto, es decir, que calcule la importancia de las variables empiricas, puede resultar airoso inclusive frente a argumentos de los operadores judiciales que actúan como defensores de derechos tradicionalmente mejor ponderados, como el derecho a la vida, entre otros.

Es evidente que la separación de los menores de su medio familiar puede ser necesaria cuando el ejercicio interpretativo indique que debe privilegiarse otro derecho, cualquier otro que sea esencial, frente al derecho fundamental de vivir en su medio familiar. No obstante, tienen en común las determinaciones jurisprudenciales estudiadas una orientación garantista en tanto señalan que el operador judicial o administrativo debe privilegiar la aplicación menos restricitiva de la norma frente a las aplicaciones sancionatorias derivadas de la misma. Dicho de una manera más sencilla, el Estado debe encaminar sus esfuerzos hacia la recomposición de la familia, como núcleo de la sociedad, facilitando a los ciudadanos inclusive la difícil tarea de ser padres, antes que dedicarse a una labor policiaca o asumir el rol de corrector moral.

En efecto, son multiples los factores culturales que inciden en la determinación de las medidas de restablecimiento que deben aplicarse ante una situación de vulnerabilidad. Entre ellos, por supuesto, la valoración tradicional de que un niño es una *criatura* absolutamente dependiente, un carenciado *per se*, que requiere mas que una compañía una vigilancia permanente.

Pese a los cambios normativos de la legislación de “menores” que implica de suyo, como observábamos en el capitulo dos, un cambio de concepto, una redeficion de ese grupo etareo, subsiste la idea de que la tarea del operador es básicamente identificar las situaciones de irregularidad y normalizarlas. El operador, sea judicial o administrativo, en algún sentido sigue guiandose por la cosmovisión que alumbró la legislación sobre esta materia en la década de 1920[96] en la medida en que sus actuaciones están orientadas a identificar conductas y personas *desviadas*, en este caso padres *desviados*, situaciones *irregulares,* o estados de *peligro,* que de suyo, en la mayoría de los casos ni son irregulares ni desviados, sino que son la regla general de conducta a que se ve conminada buena parte de la población, en particular femenina, que debe mezclar las tareas propias del hogar con la consecución de recursos económicos para el mismo. La

[96] Cfr. Sección 2.2.1 Situación de irregularidad.

calificación de *"pésima madre"* [97]que usaron los funcionarios públicos para separar al menor de su progenitora, en el caso abordado en la jurisprudencia estudiada de la Corte Constitucional, es indicativa del tipo de análisis realizado para tal determinación.

En este caso en particular puede identificarse la relevancia de un análisis ponderado de los elementos concurrentes al momento de aplicar una determinación sobre la aplicación de medidas de restablecimiento. El niño de tres años de edad fue separado por seis meses de su hogar mediante decisión administrativa sustentada en un informe policial y el concepto de una psicóloga. No se siguio ningún procedimiento especial, no solo se vulneró el derecho de defensa de la madre sino que se privilegió, frente a ello, un informe policial que decía literalmente que el menor: "*de aproximadamente tres años, cabello largo, asomado por la ventana del primer piso quien al parecer se llama Sebastián. Quien nos dijo literalmente que se encontraba solito y que tenía hambre*"[98].

Vale la pena enfatizar que el parco informe es enfatico en algunos términos que no solo procuran despertar sensibilidad sino que se convierten en elementos empiricos objetivos definitorios para la dedeterminacion que al día siguiente toma el comisario de familia. Por ejemplo, el uso de la descripción *"cabello largo"* es indicativa de algo sensurable en cuanto ella es usada como equivalente de desparpajo, de descuido. Las expresiones "*aproximadamente tres años*" y "*al parecer se llama Sebastian*" recalcan que el niño es una *criatura*, un *carenciado* que quiza no tiene tiene tres años. Indican además, que aun no habla bien, aunque sea cierto, pese a que se le pudo entender que estaba "solito" y "tenia hambre", pero ello es puesto en primer plano para enfatizar el efecto dramático que encuentra su climax en la definición, también parca, de la madre en cuanto "pésima".

A la luz de la Teoría de la Ponderación puede colegirse que estas variables empriricas, que son elementos de primer orden en el ejercicio racional de ponderar, fueron tomadas irreflexivamente y de modo prejuicioso, por cuanto el operador dio por sentado que esa frugal descripción (la del citado informe policial), implicaba una violación inmediata de los derechos fundamentales del menor. Cosa que a todas luces demuestra que la decisión no estuvo soportada en un acercamiento a la situacion sino influenciada por el patetismo despertado por las mordaces palabras de los policiales y por la aplicación inmediata y exegética de la

[97] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-772 de 2009. Op. Cit.
[98] Ibid.

norma en la cual podía subsumirse, sin más, la conducta “observada”.

En el caso del fallo en segunda instancia de la tutela proferida en primera por el Tribunal superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, que da lugar, tras su impugnación, a la sentencia estudiada de la Corte Suprema de Justicia, se observa que el conflicto que debe resolverse también se inicia con una actuación administrativa irregular, la declaración de abandono de menores que no resuelve recursos de reposición ni una nulidad incoada por el padre de las “abandonadas”, dicha resolución fue homologada por un Juzgado de Familia de Bucaramanga. Como se relato en el capitulo anterior, por ser violatoria de derechos fundamentales, la citada homologación, fue dejada sin efectos en la sentencia del Tribunal, que fue corfirmada por la Corte Suprema. Lo particular del caso, es que los actos de habla de habla contenidos en los distintos pronunciamientos todos tienen efectos perlocutivos, ello quiere decir, que modifican el estado de cosas en que viven las personas.

La declaración de abandono del las menores del ciudadano detenido tiene, cuando es proferida, un sentido garantista en cuanto la madre abandona a las menores mientras el padre está detenido en la cárcel modelo de Bucaramanga. No obstante, siendo que su detención, al tenor de la normatividad civil, no implicaba la declaratoria de emancipación judicial, debía ser escuchado dentro del proceso administrativo que el ICBF adelantaba encaminado, en últimas, a dar en adopción a las menores. Así pues, dichas emisiones legales generaban para el padre la perdida tanto de sus deberes como de sus derechos frente a sus hijas. Se trata de actos de habla que modifican la vida de las personas, no son meras locuciones.

Por esta razón, el despacho de familia, sacrificó el derecho al debido proceso en aras, desde de su criterio, de salvaguardar la integridad y los derechos fundamentales de las menores. En efecto, la decisión de declarar el estado de abandono no tuvo otro fin que proteger a las menores, pese a ello, optó por sacrificar el derecho a permanecer en el seno de su hogar, habida cuenta de la difícil situacion en que se encontraban las menores ante el abandono de su madre y la detención de su padre.

Es importante recavar que la sentencia del Tribunal fue impugnada por el Defensor de Familia puesto que el tutelante nunca manifestó la violación al debido proceso, que fue la razón que permitió que prosperara el amparo constitucional. Lo interesante de ello, es que permite colegir que los pronunciamientos judiciales

deben tener una estrecha relación con los derechos fundamentales, que pese a no ser rogados por las partes, deben ser observados por el juez son pena de invalidar su actuación. En terminos de la filosofia del lenguaje habría que decir, que el acto de habla perlocutivo que es la sentencia judicial, adquiere fuerza vinculante en la medida en que haya cumplido inclusive los ritos implícitos que su proferimiento requiere.

En efecto, la observancia del debido proceso, en el que debía darse participación al padre, pese a que en ese momento estuviera privado de la libertad, conmina el Infortunio el acto de habla perlocutivo mismo, pese a que dicha exigencia no estuviera contemplada en el trámite que debía realizar el juzgado de familia, quien espera que se haya surtido el trámite correctamente en su etapa administrativa. Por esta razón, hubo de colegir la Corte Suprema, que la Homologacion de los trámites administrativos que se realiza en los despachos judiciales no debe proceder automáticamente, sino que debe guardarse de curar los vicios que pueda contener.

Ahora bien, todas estas reflexiones resultarían inocuas si no se hace un llamado a establecer un constante diálogo entre la ley de infancia y adolescencia y el texto superior, pues, como se ha visto, esta nueva normativa puede resultar inadecuadamente interpretada por fuera de los cánones de los derechos fundamentales y por fuera de los ejercicios de interpretación correctos que busquen salvaguardar los intereses superiores de los niños.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*. Ensayos sobre filosofía del Derecho. Mexico: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2000.

ACERO, J.J., Bustos, E. y QUESADA, D. *Introducción a la filosofía del lenguaje.* Madrid: 5ª ed. Cátedra, Teorema,1989.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa 1994.

_____, *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____, *La pretensión de corrección del derecho: la polémica ALEXY-BULYGIN sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____, *El principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

_____, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ATIENZA, M. y RUIZ Manero, J. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.* Barcelona: Ariel, 1996

AUSTIN, Jhon. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ediciones Paidós Iberica S.A.1990.

BERNAL Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

_____, *Limites de la ponderación*. Revista Doxa No. 26. disponible desde internet en: http://www.google.com.co/url?sa=t&source=web&cd=2&ved=0CBgQFjAB&url=http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/estructura-y-lmites-de-la-ponderacin-0/&rct=j&q=estructura%20y%20limites%20de%20la%20ponderacion&ei=NfjOTem0INS_tgfn85CSDg&usg=AFQjCNGozJxvpPFoI_Z3N76x0XwDLyVYQw&cad=rja [con acceso el 15-02-2011]

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*. Bogotá: Editorial temis, 1987

CALVO GONZALEZ, José. Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Barcelona: ediciones Ariel, 1992.

CAPELLA, Juan Ramon. El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1992.

CARPINTERO, Manuel. *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje.* Barcelona: Ariel, 1996.

D'ANTONIO, Daniel. *Derecho de menores*. Buenos Aires: Editorial Astrea, tercera edición, 1986.

DU PASQUIER, Claude: *"Introducción al Derecho".* Editorial Jurídica Portocarrero S.R.L. 5ta edición. Traducción del francés por Julio Ayasta Gonzales. Lima, Perú. 1994.

HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

HERNANDEZ, Marín. *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho.* México: Trad. R.J. Vernengo. U.N.A.M., 1983.

LAFONT, Pedro. *Código del menor, tratados y convenios internacionales*, Santa Fe de Bogotá: Unicef, C. S. J. e ICBF, Tomo 1., 1994.

MARTINEZ, José A. *Código del menor y Jurisdicción de Familia*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, Segunda Edición Actualizada, 1994.

MONROY, M. *Derecho de Menores*, Librería Jurídica Wilches, 1983.

SEARLE, Jhon. *Actos de Habla*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1986.

SORIANO, Ramón. Compendio de Teoria General del Derecho. Barcelona: Ariel, 1993.

VERNENGO, Roberto. La interpretacion juridical. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas.* 2ª ed. Trad. A. García y U. Moulines, trads., Barcelona y México: U.N.A.M –Instituto de investigaciones Filosóficas/Crítica, 2a ed. 2002.

WRIGHT, Georg H. von. *Norma y acción. Una investigación lógica.* Madrid: Tecnos, Trad. P.García Ferrero. 1979

BIBLIOGRAFÍA, NORMAS Y SENTENCIAS COMPLEMENTARIAS

ARISTOTELES. Tratados de lógica II. Barcelona: Gredos 2000.

AUTORES VARIOS. *Nuevo código de infancia y adolescencia*. *Antecedentes, análisis y trámite legislativo.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2007.

Constitución Política de Colombia. Editorial Legis. Bogotá, 2011.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-693 de 2010, T-901 de 2010, T-745 de 2010, T697 de 2010, T 562 de 2009, T-079 de 1993.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Magistrada Ponente, RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, Bogotá, D., C., cuatro (4) de abril de dos mil ocho (2008). Sentencia Ref: Exp. N° 68001-22-13-000-2008-00037-01

COVER, Robert. Derecho, Narración y Violencia. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina De la Situación Irregular a la Protección Integral (Segunda Edición):. Ibagué: Forum Pacis, 1997.

FUNDACIÓN ANTONIO RESTREPO BARCO, Grupo de Reflexión sobre Infancia y Adolescencia. *Garantizar los Derechos de la Niñez: responsabilidad de Todos*. Santafé de Bogotá: Cuadernos de Reflexión, No. 1, 1997.

LEY 1098 DEL 08 DE NOVIEMBRE DE 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

ORTIZ, Nelson. *Los Derechos de la Niñez: Una visión integral en los procesos de Atención*. Santafé de Bogotá: Fundación Antonio Restrepo Barco, ImpreAndes-Presencia, S.A., 1997.

PERELMAN, Chaïm. La lógica Juridica y la Nueva Retórica. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1979.

UNICEF. La Niñez en el Marco de la Gobernabilidad para una Democracia eficiente y participativa. Santiago. VI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Noviembre de 1996.

Páginas web:

www.secretariadelsenado.gov.co.

www.ramajudicial.gov.co.

www.icbf.gov.co.

www.mineducacion.gov.co.

http://www.unicef.org/colombia/11-colom.htm