



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y SU ROL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

Tatiana Guerrero Rodríguez¹
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo de reflexión, revisará si la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de sus funciones de protección y garantía de los derechos del niño, y en virtud de la defensa del Interés Superior del Niño, son acordes a la opinión consultiva 017 del 2002 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, la cual hace parte del Bloque de Constitucional en Colombia. Para ello se tuvo en cuenta el método deductivo, donde se estudió todas aquellas normas y principios vinculantes en el país que consagran las estipulaciones sobre los derechos de los niños, con el fin de llegar a lo particular, es decir, si existe un contraste o una oposición en las acciones que adelanta el Ministerio Público de Colombia, frente a los criterios jurídicos internacionales y nacionales en materia de infancia.

La estructura del trabajo maneja dos puntos de vista, el primero se presenta con el acatamiento de la norma, como una condición jurídica, y el segundo se presenta el debate frente a las condiciones fácticas de los menores. Ambos criterios deben guardar conexidad y no podrán ser excluyentes al momento de solucionar las controversias que se generen para garantizar los derechos de los niños. Finalmente, las conclusiones del documento permiten identificar si los instrumentos jurídicos que utiliza la Procuraduría General de la Nación son acordes a la opinión consultiva 017 de 2002.

¹ Tatiana Guerrero Rodríguez, Egresada Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia, Servidora Pública del Ministerio de Transporte. Correo: tguerrero48@ucatolica.edu.co – tatiguero@gmail.com

Palabras clave: Procuraduría General de la Nación, Derechos, Infancia, Corresponsabilidad, Interés Superior del Niño, Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Abstract

This article of reflection, reviews if the “Procuraduría General de la Nación” in the exercise of their duties on protecting and guaranteeing the rights of children and under the defense of the best interests of the Child, are consistent with the advisory opinion 017 – (2002) American Commission on Human Rights, which is part of the Constitutional Block in Colombia. The deductive method was taken into account, where all the binding rules and principles studied in the country which enshrine the provisions on the rights of children, in order to reach the particular, that is, if there is a contrast or opposition in the actions being conducted by the “Public Ministerio” of Colombia, against international and national legal criteria for childhood.

The structure of the paper deals with two points of view, the first one presents the observance of the rule, as a legal status, and the second one presents the discussion against the factual conditions of minors. Both criteria must save connectedness and may not be exclusive when settling disputes generated to guarantee the rights of children. Finally, the conclusions the paper identify if the legal instruments used by the Attorney General's Office are consistent with the advisory opinion 017 2002.

Keywords: Procuraduría General de la Nación, Rigths, Infancy, Stewardship, Best interests of the child, International Convention of the Childrens Rights.

Sumario

Introducción. 1. Marco Normativo. 1.1. Convención Americana de los Derechos Humanos. 1.2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 1.3. Constitución Política Colombiana de 1.991. 1.4 Opinión Consultiva. 1.5. Tratados Ratificados por Colombia respecto a los Derechos de los Niños. 2. Procuraduría General de la Nación. 2.1. Creación. 2.2. Funciones de la Procuraduría. 2.3. Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia. 3. Pronunciamientos del principio del interés superior del niño. 3.1. El niño como sujeto de derechos. 3.2. Interés superior del niño. 3.2.1. En Colombia. 3.2.2. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4. Criterios Jurídicos utilizados por la Procuraduría General de la Nación conforme a la Opinión Consultiva 017 del 2002. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La crisis humanitaria que se desencadenó por las guerras mundiales, generó que la comunidad internacional viera la necesidad de intervenir en las consecuencias que dejaron estos conflictos; a lo largo de los años de horror y guerra (1914-1945), el trabajo desempeñado por estas instituciones internacionales, como, la Liga de Naciones Unidas, hoy en día ONU, que a su vez, creo el Comité para la Protección de los Niños, el Fondo Internacional de Emergencias de las Naciones Unidas para la Infancia “UNICEF” creada en 1947 y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, entre otros. Estos organismos han sido importante en la historia de los derechos del niño, puesto que gracias a ellos, se crearon instrumentos jurídicos para la garantía y protección de los derechos humanos, como los tratados y convenios internacionales, para lo cual primó el principio de la dignidad humana, que trajo consigo la ineludible necesidad de hallar

nuevos mecanismos que permitieron una eficaz protección a los derechos del hombre y del niño.

Los efectos de estos mecanismos se extendieron a los niños, puesto que se les reconoció como sujetos de derechos, para lo cual los Estados se encargarían de velar por su guarda y tutela a través de diferentes medidas que garanticen una protección especial e inmediata. Es por ello, que el principio del interés superior del niño toma gran importancia, por cuanto cambia el paradigma cultural según el cual los niños eran considerados incapaces, pasando hoy en día, a ser reconocidos como personas capaces de tomar sus propias decisiones. Básicamente, este principio consiste en que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, procurando un desarrollo armónico e integral del menor, así pues, que su importancia encuentre su fundamento constitucional en el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Ahora bien, Colombia no es ajena a los diferentes conflictos culturales, políticos y sociales que sin duda son causantes de diferentes violaciones a los derechos en contra de los niños. En Colombia, se puede evidenciar que los responsables del cuidado del niño no desempeñan su función tal como se les fue encomendada, el menoscabo de sus derechos son incuestionables, de tal forma que, hoy en día sigue la latente amenaza de la violencia intrafamiliar en la cual los niños se ven evocados a diferentes tipos de maltratos, ya sean físicos o psicológicos, así como también se encuentran actores que se lucran económicamente por la explotación laboral y sexual de los menores, y el sometimiento de los niños a tratos discriminatorios en razón a sus condiciones sociales.

Como si fuera poco, las decisiones que toman algunos órganos estatales en el ejercicio de sus funciones, pueden afectar gravemente las garantías mínimas de

los derechos del niño, ya sea por acción, omisión y/o extralimitación del poder de las entidades gubernamentales. Con todo lo anterior, y en vista de garantizar la efectiva tutela del menor, se expidió la Ley 1098 del año 2006, donde se implementaron mecanismos más rigurosos y coercitivos para la protección del niño, así como, de diferentes medidas de protección que garantizan el pleno desarrollo integral del menor en ejercicio de sus derechos y en virtud de interés superior del menor. (Congreso de la República de Colombia, 2006).

La Procuraduría General de la Nación como representante garantista de los derechos de los niños, y como fiel contribuyente a la consecución de los fines esenciales del Estado, tiene la obligación de acatar y respetar lo consagrado en la Constitución, y todas aquellas normas de carácter jurídico que regulan la materia, incluso aquellas introducidas a través del bloque de constitucionalidad. Es por ello, que para poder determinar si sus pronunciamientos son acordes o no a estos instrumentos legales internacionales, es necesario tomar como ejemplo el concepto que la Procuraduría General de la Nación rindió en la reciente sentencia de constitucionalidad, frente a la Litis originada por la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, teniendo en cuenta que la adopción es por excelencia la medida de protección más eficaz, cuando de propender por los derechos del niño se trata.

Con este trabajo se pretende examinar los criterios jurídicos más relevantes que ha utilizado la Procuraduría General de la Nación, en desarrollo de la defensa del interés superior del niño y la protección de los derechos del niño, teniendo como marco la opinión consultiva 017 del 2002 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. De esta manera, se determinará si la Procuraduría General de la Nación ha actuado conforme a su competencia legal y constitucional, y a las directrices establecidas por los organismos internacionales, en particular las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. MARCO NORMATIVO

1.1 CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de los Derechos Humanos no trató de manera específica los derechos del niño, sin embargo, obligó a los Estados parte a respetar y garantizar los derechos del niño. Por ejemplo el artículo 8° que habla sobre las garantías judiciales, en el entendido que el niño es considerado persona, el artículo 19 que especifica: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” y el artículo 25 que trata sobre la protección judicial de las personas - niño.

Al respecto conviene decir que en la actualidad existen tres clases de derechos, a lo que la doctrina ha denominado: Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales y Derechos Humanos. Cuando se habla de Derechos Humanos, (Uprimny, 1996) expresa que no existe un concepto uniforme de tales derechos, sino que por el contrario manejan una triple dimensión o categorización, a saber:

[a] Tienen una dimensión política, puesto que hoy muchas reivindicaciones sociales son expresadas en forma de derechos humanos y éstos aparecen como un instrumento de crítica a la actuación de los poderes políticos, [b] Tienen una categoría ética, puesto que regula una convivencia pacífica entre los ciudadanos en una democracia, y [c] Tienen una categoría jurídica por el derecho público internacional, puesto que son valores que han sido positivizados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se han definido diversos tipos de obligaciones, tanto positivas como negativas, para los Estados (p.3).

1.2 CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Con el fin de evitar tratos discriminatorios o de exclusión social, el artículo primero de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, (1989) puntualiza que todo niño “es todo ser humano menor de dieciocho años”, la anterior especificación adquiere relevancia por cuanto los tratados y documentos mencionados, se referían únicamente y en términos generales a los derechos de los niños, dejando por fuera a las niñas, permitiendo así únicamente una interpretación gramatical del texto normativo.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,² reconoció a los niños como sujetos de derechos, y estableció consigo una serie de principios que servirían de fundamento base para garantizar sus derechos, entre estos principios se encuentran: Principio al respeto de la opinión del niño, principio de sobrevivencia y desarrollo, principio de no discriminación, y también se encuentra un principio que es objeto de análisis del presente escrito, el principio del interés superior del niño, siendo considerado el más importante y/o principal para resolver conflictos que se susciten tanto en la garantía de los derechos del niño como en la violación de los derechos del niño. De todas formas, los principios mencionados deben ser guía de la hermenéutica jurídica al momento de tomar decisiones que desmejoren las situaciones actuales de los menores.

Las estipulaciones de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, guardaron sintonía con las preceptuadas en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos internacionales que trataron la materia. De la mencionada Convención, se establece principalmente que la protección integral para el amparo de los derechos del menor estará en cabeza de todas las personas, ya sean naturales y/o jurídicas, de aquí que los Estados partes

² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

deben establecer políticas públicas, que propendan por los derechos y garantías del menor, y el legislador debe realizar normas que garanticen la protección de los derechos del niño.

1.3 CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1.991

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia no sólo habla de la protección especial de la que deben gozar los niños, sino que también en este apartado, se consagra cuatro trascendentales pilares que han de tenerse en cuenta para la protección integral del menor: 1) los derechos fundamentales de los niños, 2) su protección, 3) la corresponsabilidad, y 4) la primacía o prevalencia de los derechos del niño³ (Constitución Política de Colombia, 1991).

Del inciso anterior cabe resaltar que se introduce una figura importante de la cual no se había hablado hasta el momento, la corresponsabilidad. Una interpretación general del ordenamiento interno colombiano, la conceptualiza como el medio mediante el cual diferentes intervinientes (familia, Estado y sociedad) están obligados al amparo de los derechos del niño y son los directamente responsables de velar por el cuidado del menor, en este sentido se entiende que:

La familia es la obligada a proveer las condiciones económicas para atender las necesidades de los niños y las niñas, pero, el Estado, de manera subsidiaria, debe proveer a dichas necesidades cuando la familia no está en capacidad de hacerlo. Con este principio se esboza la idea de superación de la diferencia radical entre el espacio privado de la familia y el ámbito de lo público que caracteriza la actuación

³ Artículo 44 Constitución Política: **Derechos Fundamentales:** 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. **Protección:** Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. **Corresponsabilidad:** La concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. **Primacía:** Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

del Estado; principio que hoy conforma el cuerpo conceptual de las relaciones entre la familia, la sociedad y el Estado, y que orienta el diseño de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la familia. (Ortiz, 2009, p. 597).

Lo anterior es importante porque el derecho internacional público por una parte, sirve de garantía para poner un límite al ejercicio arbitrio del poder del Estado, por cuanto se entiende que al ser los Estados los que firman los tratados internacionales, serían estos los únicos responsables de la violación de los derechos del menor. Por otra parte, y la importancia de esta figura se encuentra en el hecho que tanto la familia como la sociedad y el Estado, deben realizar conjuntamente acciones que permitan la efectiva protección de los derechos del niño, con el propósito de evitar un perjuicio irremediable a sus derechos. En cuanto a la responsabilidad, sus efectos se extienden a todos sus actores, es decir que se trata de una responsabilidad solidaria.

1.4 OPINIÓN CONSULTIVA

Dentro del reglamento del 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se estipuló, como una de sus funciones, la de adoptar opiniones consultivas a los Estados que así lo soliciten. Para llevar a cabo dicha función, es necesario el cumplimiento de diferentes requisitos, entre los que se encuentran que los Estados parte hayan reconocido competencia contenciosa a la Corte. Así que, según el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala que la opinión consultiva es la posibilidad que tiene cualquier Estado parte para consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la debida interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos; así como sobre de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Con esto en mente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la opinión consultiva, conocer sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a los niños. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002) en respuesta, planteó cinco prácticas comunes que los Estados regularmente suelen autorizar, pero que en consecuencia, vulneran los derechos del niño, siendo ellas:⁴

[a] La separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento; [b] la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; [c] la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías; [d] la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantida de defensa para el menor; [e] la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación. (pp. 48-49)

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), la presente consulta solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, toma relevancia por cuanto:

En distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores

⁴ Esta opinión consultiva es el documento más importante del Sistema Interamericano de Protección.

de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia. (p. 3)

1.5 TRATADOS RATIFICADOS POR COLOMBIA RESPECTO A LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Entre los años de 1901 y 2000 a nivel internacional se produjeron más de 80 tratados aplicables a los derechos del niño, el primer instrumento internacional que habló de los niños fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada para la protección de la infancia.⁵

De todas las herramientas internacionales, Colombia hace parte de algunas, las cuales son de obligatorio cumplimiento y observancia para el Estado colombiano ellas son:

Tabla 1. Tratados ratificados por Colombia respecto a los derechos de los niños.

TRATADOS O CONVENCIÓN	DERECHOS DE LOS NIÑOS
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	<p><u>Protección de la maternidad y la infancia:</u> Toda mujer en estado de gravidez o estado de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales.</p>
Convención Americana sobre Derechos Humanos Ley 16 de 1972	<p><u>Medidas de protección:</u> Artículo 19 Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.</p>

⁵ Para profundizar este tema revisar la Introducción de la Declaración de los Derechos del Niño, Ginebra 1924.

TRATADOS O CONVENCIÓN	DERECHOS DE LOS NIÑOS
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	<p><u>Derechos económicos, sociales y culturales:</u></p> <p>Artículo 16 Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.</p>
Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991)	<p>En Colombia se habló del principio primordial, el Interés Superior del Niño:</p> <p>Artículo 3° En todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.</p>
Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos	El artículo 24 prevé los siguientes derechos; no discriminación del niño, protección del menor, registro de nacimiento y nombre, derecho a tener una nacionalidad.
Reglas de Beijing ⁶	Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de los menores.
Reglas Tokio	Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad
Directrices Riad	Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Fuente: Elaboración propia.

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. (30 de septiembre de 2009). *Sentencia C-684*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

2. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

2.1 CREACIÓN

Por el mandato Constitucional del año 1.991, se da rango constitucional, autónomo e independiente del Estado, a la Procuraduría General de la Nación, quien según sus términos, es el máximo órgano del Ministerio Público.

Mediante la Sentencia de la Corte Constitucional C – 402 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, cita al respecto:

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 113, 117 y 118 de la Constitución Política, el Ministerio Público es un órgano de control del Estado, autónomo e independiente cuyas funciones, relacionadas con "la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (art. 118 C.P.)", son ejercidas por el procurador general de la Nación, el defensor del pueblo, los procuradores delegados, los agentes ante las autoridades jurisdiccionales, los personeros municipales y los demás funcionarios que determine la ley. (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

En este mismo sentido, expresa la Corte que el criterio de autonomía e independencia de las distintas ramas del poder público, a pesar de tener funciones separadas, deben colaborar armónicamente con la realización de los fines del Estado (Corte Constitucional de Colombia, 2001). Dentro de los cuales, para el caso en concreto, se encuentran los siguientes:

[a] Promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y, [b] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y

para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Const., 1991, art 1°)

2.2 FUNCIONES DE LA PROCURADURÍA

Las funciones Constitucionales de la Procuraduría General de la Nación se encuentran consagradas en el artículo 277 de la Constitución Política de las cuales, para el presente tema, destacamos las siguientes:

(...). 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo (...) 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

También corresponde a la Procuraduría General de la Nación, la vigilancia del cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos⁷. En términos generales se habla que la Procuraduría, ejerce las siguientes funciones misionales:

[a] La función preventiva[:] Considerada la principal responsabilidad de la Procuraduría que está empeñada en “prevenir antes que sancionar”, vigilar el actuar de los servidores públicos y advertir cualquier hecho que pueda ser violatorio de las normas vigentes, sin que ello implique coadministración o intromisión en la gestión de las entidades estatales. [b] La función de intervención[:] En su calidad de sujeto procesal la Procuraduría General de la Nación interviene ante las jurisdicciones Contencioso Administrativa, Constitucional y ante las diferentes instancias de las jurisdicciones penal, penal militar, civil, ambiental y agraria, de familia, laboral, ante el Consejo Superior de la Judicatura y las autoridades administrativas y de policía. Su facultad de intervención no es facultativa sino imperativa y se desarrolla de forma selectiva cuando el Procurador General de la Nación lo considere necesario y cobra trascendencia siempre que se desarrolle en defensa de los derechos y las

⁷ Acción preventiva No 004 de 2011. Vigilancia y seguimiento al sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Procuraduría General de la Nación

garantías fundamentales. [c] La función disciplinaria[:] La Procuraduría General de la Nación es la encargada de iniciar, adelantar y fallar las investigaciones que por faltas disciplinarias se adelanten contra los servidores públicos y contra los particulares que ejercen funciones públicas o manejan dineros del estado, de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario ó Ley 734 de 2002 (Nación, 2016).

2.3 PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

Dentro de la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación, se encuentran las Procuradurías Delegadas, para este caso, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia es la encargada de propender por la garantía y protección de los derechos de los niños, niñas, adolescentes, jóvenes, mujeres, personas en situación de discapacidad y la institución familiar. Así, la Procuraduría Delegada garantiza la defensa de las disposiciones constitucionales y legales, y está facultada para tomar las acciones pertinentes que eviten perjuicios graves al menor en cuanto sus derechos, ante las autoridades públicas y privadas del orden nacional e internacional, así como, las otorgadas en el numeral 1° del artículo 26 del Decreto 262 del 2000 que consagra la facultad de “promov[er], ante las autoridades judiciales y administrativas, el cumplimiento de las normas del orden nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario” (Presidencia de la República de Colombia, 2000).

En este mismo sentido y dentro de su función de intervención, representa al Ministerio Público para la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y una de sus obligaciones radica en expedir diferentes pronunciamientos en el ejercicio de las actuaciones administrativas y judiciales, donde estén inmersos menores de edad, con el fin de defender y garantizar sus derechos conforme a sus atribuciones propias.

3. PRONUNCIAMIENTOS DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

3.1 EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS

Según el artículo 1° de la Convención de los Derechos del Niño establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), ha precisado:

La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana. (...) se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. (p. 57)

Es decir que para la Corte, el niño no debe ser visto únicamente como objeto de protección sino como un verdadero sujeto de derecho; dicho concepto es más amplio de lo que parece, por cuanto implica un estudio social y jurídico, como tal se expresa a continuación “Los niños no serán considerados ni menores ni incapaces ni carentes, sino como personas totales, seres humanos completos y respetados, poseedores de un conjunto de recursos y potencialidades y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (Minyesky, 2005, p.1).

3.2 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño es el principio que cobra mayor importancia en la protección de los derechos del niño, la profesora y abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile Baeza Concha, manifiesta que “el interés superior del niño es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar” (2001, p. 356).

Los críticos de la convención han manifestado que no es clara en lo que respecta a este principio, puesto que permite a los Estados un ejercicio discrecional de su poder y autoridad, ello significa que al existir una amplia discrecionalidad estatal basada en este principio, la tutela de los derechos del niño no sería tan efectiva, debido a que la interpretación de la norma no tendría un límite y sería ambigua. Uno de los argumentos que pondrían límite al ejercicio discrecional de los Estados, es el denominado por el filósofo Freedman como:

(...) el núcleo duro de derechos del niño dentro de la Convención, que constituye un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal. (2005, p. 117)

Muchas son las interpretaciones que diferentes autores precisan de este principio, para Cavallo:

(...) la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y

por el Estado. En efecto, el interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, si pueden pronunciarse. (2008, p. 230)

El interés superior del niño se refiere así al trato preferente de la sociedad, el Estado y la familia en la protección de sus derechos, siendo estos catalogados como derechos supremos ante cualquier otra norma análoga. Este principio garantiza al menor un desarrollo armónico, es decir, todos los ámbitos en el que el niño puede desarrollarse ya sea en lo intelectual, lo afectivo, lo social, lo cultural, la política, lo religioso entre otras; también conlleva a un desarrollo integral que logra un equilibrio en todos los anteriores ámbitos del menor.

Para tener una visión más unificada en lo que respecta el interés superior del menor, es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos, que coadyuvan a evitar interpretaciones sueltas y erróneas de la normatividad nacional e internacional:

Los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos. (Bruñol, 1998, p. 127)

3.2.1 En Colombia

Al ser Colombia un Estado que ratificó la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, se convierte en un Estado obligado a garantizarla; por ello su inobservancia y cualquier actividad violatoria de los derechos del niño en teoría son altamente castigadas. Más aún cuando en palabras de la Corte Constitucional, a través de la sentencia de T - 510 de 2003, el principio del Interés Superior del Niño:

(...) refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Lo anterior implica que no basta sólo con dar aplicabilidad estricta a dicho principio conforme a las normas nacionales e internacionales, sino que es deber del operador judicial realizar una ponderación con los demás derechos del niño⁸, y así evitar un posible quebranto de otros derechos conexos del menor. La protección no debe limitarse al ámbito de lo jurídico, se extiende también a otros aspectos del niño, como lo plantea el M.P. Manuel José Cepeda Espinosa de la Corte Constitucional, en la sentencia T - 510 de 2003, al indicar que al niño se le debe “asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad” (Corte Constitucional de Colombia, 2003), situación que garantiza una efectiva protección.

En este mismo orden y bajo la misma perspectiva de la sentencia anterior, se entiende que:

(...) para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a

⁸ Ver sentencia T 510 del 2003 - 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.

consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Asimismo y bajo un pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional por el M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la sentencia C – 683 de 2015 otorga un alcance mayor a lo que debe entenderse por los criterios antes mencionados, por cuanto las condiciones jurídicas del menor, deben guardar concordancia con la promoción del bienestar infantil, y respetar las siguientes garantías:

[1]Garantía del desarrollo integral del menor; [2] Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor: Los estipulados en el artículo 44 de la C.P. [3] Protección ante riesgos prohibidos: Aquellas conductas que amenacen el desarrollo armónico del niño como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral; [4] Equilibrio con los derechos de los padres: Debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, siendo la solución la que mejor proteja al menor; [5] Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor: Permitir que se desenvuelvan adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección; y [6] Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en la relación paterna y materna filial: Por ejemplo por las condiciones económicas. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Dentro del postulado de la Sentencia C-683 de 2015 se señala que las condiciones fácticas del menor son aquellas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso particular, sin que la decisión desmejore la situación actual del menor. Dichas condiciones no deben imponer al menor una aplicación estricta de la norma, que le genere una calidad de vida desfavorable e indigna. Con esto en mente, se da a entender que cualquier autoridad competente de la protección del menor debe realizar un análisis integral de sus condiciones;

no sólo se habla de las condiciones de hecho, que permiten que las autoridades hagan juicios de valor a carta abierta, sino también se debe encontrar un límite a este ejercicio. Así cuando se trate de proteger los derechos del menor, no sólo basta con realizar un estudio jurídico o fáctico, estos dos criterios no pueden excluirse entre sí, pues de lo contrario, se estarían menoscabando y restringiendo algunos derechos del menor.

A su turno, la sentencia T- 412 del 2000 de la Corte Constitucional, sustanciada por el M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, declara que el interés superior del menor se caracteriza:

- 1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; y 4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo. (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

En el principio del interés superior del niño, tanto como las autoridades administrativas como el Instituto de Bienestar Familiar y la Procuraduría General de la Nación, y a las autoridades judiciales, encargadas de surtir los procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, deben ir más allá del cumplimiento de los requisitos y exigencias para el trámite administrativo. Por ello, con la sentencia T – 075 del 2013 del M.P. Nilson Pinilla Pinilla, se le exige a estas autoridades que también deben realizar una revisión de los requisitos sustanciales

del asunto, a fin de establecer si la decisión viola derechos fundamentales de los niños involucrados, y determinar si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente, según las circunstancias que rodean al niño, niña o adolescente.

Es más, según el M.P. Manuel José Cepeda Espinosa de la Corte Constitucional mediante la sentencia T – 397 del 2004, esa facultad discrecional que se les otorgó a las autoridades para determinar el interés superior del niño, debe regirse por los siguientes parámetros: estar acordes a los deberes constitucionales y legales, atender criterios jurídicos relevantes, realizar una ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, y satisfacer su interés prevaleciente.

3.2.2 En la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mediante la opinión consultiva OC-017 de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia, sobre las cinco medidas que regularmente los Estados toman para la protección de los derechos del niño en ejercicio de su discrecionalidad y que regularmente resultan vulnerarlos, para este caso y con el fin de hacer una aproximación del significado que le otorga la Corte a este principio se resalta siguiente:

La separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento: Es deber primordial de la familia brindar los medios y garantizar las condiciones para que los niños(as) crezcan y se desarrollen adecuadamente como personas dignas en un ambiente sano. (Pradilla, 2011, p. 334)

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, le otorga un papel muy importante a la familia en el cuidado del niño, pues es considerada como núcleo central de protección, reconoce a la familia como un “elemento natural y fundamental de la sociedad”, y señala que:

(...) la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 64)

Así, la autoridad que los documentos internacionales le reconocen a la familia, en ningún caso, podrá ejercerse a través de un control desmesurado y arbitrario, que le ocasione algún tipo de daño al menor. No obstante, en la Directriz de Riad No. 14 se menciona que excepcionalmente los niños pueden ser separados de su familia siempre y cuando:

(...) no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el desplazamiento de un lugar a otro. (Resolución 45/112, 1990, p. 5)

Es decir que el niño debe “permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones 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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 67).

Ahora bien, cuando tenga lugar un ejercicio arbitrario de la autoridad pública en la adopción de medidas de protección, verbigracia, al separar al niño de los padres se estaría violando de forma directa el derecho protegido en el artículo 8°

de la Convención Internacional de los Derechos del niño⁹. Normalmente dicha medida se encuentra justificada por el interés superior del niño, pero, circunstancialmente las autoridades públicas no realizan un amplio estudio del alcance que tiene este principio, en el cual debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. En algunos casos mantener esta proporcionalidad al momento de aplicar la Ley genera fallos decisorios injustos o desiguales, con consecuencias altamente visibles que van en contravía del desarrollo armónico del menor y de su protección integral, ya que las medidas impuestas resultan en cierta forma violatorias de la normativa vigente. Por ello se insiste que el fin último de este principio es que al menor debe dársele un trato preferente, inmediato y eficaz.

Por su parte, expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el interés superior del niño, se funda en la dignidad humana, en las características propias del niño y en la necesidad de propiciar el desarrollo de los mismos. Es más, su cimiento está consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño señalando que “el interés superior del niño, implica que el desarrollo del menor y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (2002, p. 86).

Para que los niños sean objeto de especial protección debido a sus características de inmadurez y debilidad, este principio es elemental para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Así mismo la observación general No 14 del 2013 de la Comisión Internacional de los Derechos del Niño señala que “el objetivo del concepto de

⁹ Para profundizar ver artículo 8 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño, es decir el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (p.3).

Este principio tiene un concepto amplio que es abarcado por tres acepciones y son:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (Comisión Internacional de los Derechos del Niño, 2013, p. 4)

Los criterios jurídicos que esta opinión consultiva destaca para la interpretación y aplicación del interés superior del niño, son acordes a los que la jurisprudencia colombiana ha planteado en sus pronunciamientos, pues se

destaca que debe “ponderar[se] no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002, p. 62).

De modo que el interés superior del menor, implica respetar los derechos establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde prima el bienestar del menor por encima del beneficio general y de cualquier otra consideración socio-cultural que pueda afectarlo, criterio básico para entender el alcance de este principio.

Esta opinión consultiva es el documento que mejor desarrolla la relación del menor con el Estado en materia de políticas públicas, pues se incluye al niño en una plataforma integral de protección, y es capaz de orientar y establecer pautas para que los operadores jurídicos y administrativos mantengan su imparcialidad, al momento de revisar los procedimientos que puedan vulnerar los derechos del menor; en efecto, también implementa límites y obligaciones a las cuales deben someterse todas las autoridades.

4. CRITERIOS JURÍDICOS UTILIZADOS POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN CONFORME A LA OPINIÓN CONSULTIVA 017 DEL 2002

Para el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño conforme a su interés superior, estableciendo tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados, a saber:

- a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los

procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión; y c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño. (Comisión Internacional de los Derechos del Niño, 2013, p. 5).

Por lo anterior y en aras de contribuir a garantizar la efectividad de los derechos del niño en virtud de su interés superior, la Procuraduría General de la Nación ha establecido pautas y/o directrices que en su discrecionalidad pueden o no servir de ayuda para la garantía de los derechos del menor, situación que será a continuación analizada.

Como se ha venido explicando, todos los derechos del niño previstos en la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y en el ordenamiento jurídico de cada país, responden al interés superior del niño y ninguno de estos derechos deben ser vulnerados cuando se realice una interpretación negativa de este principio. Por ello, debe ejercerse una protección integral a los niños que según el artículo 7° de la Ley 1098 de 2006 implica:

(...) el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior, que se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos. (Congreso de la República de Colombia, 2006).

El inciso segundo del artículo 11 de la Ley 1098 de 2006, señala que el Estado y todos sus agentes tienen “la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”, para lo cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar¹⁰, juega un papel importante en la protección de los derechos del menor.

El artículo 53 de la Ley 1098 del 2006, indica las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes a regir en Colombia y son:

1) Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. 2) Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado. 3) Ubicación inmediata en medio familiar. 4) Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso¹¹. 5) La adopción. 6) Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. 7) Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar. (Ley 1098, 2006, art. 53)

En este punto resulta ilustrativo destacar que según el Artículo 61 de la Ley 1098 del 2006, la adopción es por excelencia una medida de protección a través de la cual bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Esta medida recientemente ha generado gran controversia entre la sociedad y las diferentes organizaciones civiles y gubernamentales, cuando se trata de la

¹⁰ Ver Ley 1098, 2006, parágrafo art. 11: El ICBF definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas.

¹¹ Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención.

autorización a parejas homosexuales para adoptar menores. En este sentido, la sentencia C-683 de 2015 del M.P. Jorge Iván Palacio Palacio es el pronunciamiento más cuidadoso de la Corte Constitucional, en lo que respecta al interés superior del menor, delimita el ejercicio de la discrecionalidad de las autoridades administrativas como el ICBF y la Procuraduría General de la Nación en pro de la garantía de los derechos del menor, igualmente instaura los efectos jurídicos de la adopción, el consentimiento y los requisitos para adoptar, considerando principalmente que “en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia” (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Siguiendo con la línea anterior, se erige que:

(...) no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar. Y en cuanto al interés superior del niño, lo que queda claro es que debe ser examinado caso a caso de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, y que “impedir que un niño tenga una familia fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja representa una restricción inaceptable de los derechos del niño y es entonces contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que la integran. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Significa esto, que la Corte Constitucional ha sido rigurosa en la aplicación del principio del interés superior del niño, toda vez que realiza un estudio integral de las normas que regulan los derechos del niño, y de las condiciones fácticas del menor.

Continuando con el mismo precepto, esgrime la Procuraduría Delegada que “la adopción no es un derecho del futuro o eventual adoptante, sino una medida de protección en favor de los niños” y, en ese sentido, se deduce que “de ninguna forma las normas sobre adopción le están negando a las parejas del

mismo sexo un derecho que sí se les garantiza a las uniones heterosexuales, en tanto que ese derecho simplemente no existe” (Corte Constitucional de Colombia, 2015), se debe tener en cuenta que existen unos requisitos específicos en la norma para dar en adopción a un menor, donde el legislador materializa con esta medida la garantía del interés superior del menor, y no los derechos del adoptante.

Del concepto anterior citado en la sentencia C-683 de 2015, se ha denotado que los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación obedecen netamente a factores religiosos, morales y/o culturales, tanto así que sus argumentos fácticos no lograron ser congruentes para la Corte Constitucional cuando de derecho se habla, en pro de la defensa de los derechos del menor y del interés superior del niño. Ahora bien, siguiendo con el precedente Constitucional impetrado en la Sentencia C - 814 del 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, el Ministerio Público señala que la finalidad de la adopción está:

(...) concebida en beneficio del menor adoptable y para su protección. La adopción si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta. (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

En este mismo sentido expresa que si bien es cierto, el bloque de constitucionalidad deriva una obligación por parte del Estado de adoptar las medidas de protección del menor, ello no significa que de las mismas se desprenda que:

(...) el Estado colombiano esté obligado a incluir en el supuesto de hecho de las normas demandadas a las uniones conformadas por personas del mismo sexo, es decir, no surge una obligación para el Estado colombiano de autorizar la adopción

a este tipo de uniones -que se consideraron familia en la sentencia C-577 de 2011-como si lo contrario no fuera igualmente efectivo para asegurar y garantizar el interés y los derechos prevalentes del menor. (Corte Constitucional, Sala Plena, C- 814, 2001)

5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta la necesidad de proporcionar al niño una protección especial debido a sus características de inmadurez y debilidad, y debido a los constantes cambios de la sociedad, las ciencias jurídicas han tenido que replantear sus postulados en pro del interés superior del menor. El ámbito de interpretación y aplicación de este principio es muy amplio, afortunadamente contamos con una jurisprudencia muy completa y acorde a los parámetros internacionales, que se encarga de sentar un precedente para que con la interpretación de dicho principio no se generen decisiones indeterminadas, y así mismo, poner un límite al ejercicio subjetivo y/o arbitrario de algunas autoridades.

Como ya se explicó en el documento, el interés superior del niño implica el trato preferente de los derechos del menor, el cual garantiza un desarrollo armónico, es decir, una revisión en todos los ámbitos en el que el menor puede desarrollarse como en lo intelectual, lo afectivo, lo social, lo cultural, la política, lo religioso entre otras, y un desarrollo integral lográndose un equilibrio de todos los ámbitos del menor.

En el desarrollo del trabajo también se evidenció que los criterios jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional contrastan entre sí, lo cual permite observar que para ejercer una buena hermenéutica en la toma de decisiones judiciales y administrativas, donde tenga implicación el interés superior del niño, es deber del operador competente analizar íntegramente las condiciones jurídicas y fácticas en las que se hallen actualmente de cada niño. Contrario sensu, se encontró además que los pronunciamientos de

la Procuraduría General de la Nación guardan oposición frente a las disposiciones internacionales.

Según lo analizado, la Procuraduría no cumple con el principio de imparcialidad que rige a la administración por cuanto no se aleja de los preceptos sociales, morales o religiosos. Ello implica que en sus pronunciamientos debería existir un test de proporcionalidad, que garantice que el menor se va a beneficiar integralmente por las medidas de protección impuestas, para así evitar que las actividades violatorias de sus derechos aparezcan nuevamente.

Así las cosas, en Colombia frente a temas controversiales como la adopción por parte de parejas del mismo sexo, los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación han sido religiosos y morales, sus argumentos fácticos no han sido convincentes cuando de derecho se habla. Dicho comportamiento genera que la sociedad pierda esa confianza legítima que le ha otorgado la Constitución y la Ley a este ente, pues su función esencial es propender y garantizar los derechos del menor. A la luz de la Constitución Política de Colombia, no sólo debe la Procuraduría General de la Nación garantizar los derechos del niño, sino que también debe amparar los derechos humanos del ciudadano Colombiano, es por esta razón que hoy en día son inaceptables las valoraciones de juicio que se acarrearán por temas polémicos.

Resulta importante recordar que para poner un límite al ejercicio arbitrio de las autoridades judiciales y administrativas se crea la norma, de lo contrario no estaríamos cumpliendo con su finalidad al permitir que por aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de la sociedad, no se revise de fondo lo que realmente es relevante en la protección de los derechos del niño. No se debe olvidar que estamos bajo el precepto de un Estado Social de Derecho, en el cual el interés superior del niño es una consideración primordial; por ello antes de cualquier decisión que pueda afectar su dignidad se deben plantear todas aquellas

situaciones que afectarían su situación actual y escoger la menos gravosa para el menor. Más allá de criterios subjetivos y de intereses particulares, debe primar los derechos del menor estudiados de manera conjunta.

Para no ir muy lejos de los problemas que viven los niños en Colombia, se hace necesario sumar a este artículo en caso particular de los niños que hoy en día mueren por problemas asociados a la desnutrición, por ejemplo en la Guajira con una tasa de mortalidad de 25.4%, en el Meta con una tasa de mortalidad de 9.5% y en el Magdalena con una tasa del 7.9%. Según el último reporte epidemiológico No 15 del 16 de abril del 2016 del Instituto Nacional de Salud, a lo largo de este año se han notificado 63 muertes en niños menores de cinco años por diferentes patologías, que registran desnutrición, donde el 56,7% de los casos se registró en el sexo femenino; el 48.3% en el género masculino; el 75,0% pertenecen al régimen subsidiado, el 25,0.% no se encontraban afiliados; el 61,7.% de los casos se registraron en menores de un año. Por pertenencia étnica, 34 casos (el 56,7%) se notificaron en indígenas, 25 casos (el 41,7%) como otros grupos y cuatro casos (el 6,7. %) en afrocolombiano; según la “UNICEF” uno de cada 10 niños muere de desnutrición en Colombia.

Entonces, ¿Qué ha hecho la Procuraduría General de la Nación frente a este problema de salud pública? Al realizar un simple seguimiento y observar la Resolución 60 del 11 de diciembre de 2015, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le solicitó al Estado colombiano adoptar las medidas cautelares necesarias para preservar la vida y la integridad personal de las niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu en el departamento de La Guajira, dentro de las cuales se encuentran: “Accesibilidad y calidad de los servicios de salud, acceso al agua potable y salubre, y suministrar alimentos en calidad y cantidad”.

En el boletín 060 del 6 de febrero del 2016 la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, manifiesta que realizará un:

Seguimiento a la gestión de las entidades concernientes al cumplimiento de las medidas cautelares, y en este sentido les ha requerido información sobre las gestiones emprendidas y los avances que eventualmente se hayan logrado. A partir del análisis de la información que se allegue a este organismo de control, se pondrán en conocimiento de las autoridades penales, fiscales o disciplinarias del caso las posibles omisiones o irregularidades en la atención a la población infantil de la comunidad Wayúu. (Nación, 2016)

Hasta la fecha, no hay conocimiento de que la Procuraduría General de la Nación haya resuelto investigaciones disciplinarias a los funcionarios que por corrupción han dejado de garantizar los derechos del niño, ni mucho menos que haya compulsado copias a la Fiscalía General de la Nación, dada la eficacia e inmediatez que se requiere para proteger el principio del interés superior del niño. Lo cual permite observar que al no generar controversia moral y religiosa, la Procuraduría se ha mantenido al margen de esa situación, existiendo con ello una omisión manifiesta, pues es de su conocimiento que el Estado debe responder de manera subsidiaria cuando la familia no tenga las condiciones económicas para sufragar los gastos mínimos del menor y de hacer respetar cabalmente los preceptuado en las normas internacionales y nacionales.

¿Cómo podemos depositar nuestra confianza en este organismo para que sea la voz del pueblo cuando se vulneran nuestros derechos, específicamente los de los niños? ¿Cuál ha sido la función disciplinaria que ha ejercido para estos casos? ¿Qué entiende la Procuraduría General de la Nación por el principio del interés superior del niño, cuando sus esfuerzos no han sido suficientes para solucionar este problema?

En definitiva, los criterios jurídicos que la Procuraduría General de la Nación ha utilizado para la defensa del interés superior del niño no son totalmente acordes a la opinión consultiva 017 de 2002 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, puesto que han sido parcialmente aplicados y su actuar e intervención en la protección del menor depende de la situación y el contexto social en que se encuentre la comunidad afectada, generando así un poder coercitivo y garantista tibio y una función de amparo ineficaz para propender por los derechos del niño.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y revistas

- Baeza Concha, G. (2001). El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, 28, 355-362
- Cavallo, G. A. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 6(1), 227-230.
- Cillero Bruñol, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 9, 125-142.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2002). *Condición jurídica de los derechos humanos del niño. Opinión consultiva OC - 17 del 28 de agosto de 2002. Serie A (17)*.
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *JURA GENTIUM*, (2), 114-127.
- Key, E. (1906). El siglo de los niños. Barcelona: Henrich y Cia.
- Minyesky, N. (2005). El niño como sujeto de derecho. Ponencia presentada en la Convocatoria de la Universidad Pública a la Sociedad Argentina el Plan

Fenix en Vísperas del Segundo Centenario. Una estrategia nacional de desarrollo con equidad. Argentina.

Ortiz, L. G. (2009). *La Convención de los Derechos del Niño veinte años después*. Manizales: Universidad de Manizales.

Pradilla, R. S. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estudios socio-jurídicos*, 13(1), 330-347.

Procuraduría General de la Nación. (2016). *Objetivos y funciones*. Obtenido de www.procuraduria.gov.co/portal/Objetivos-y-funciones.page

Procuraduría General de la Nación. (2016). *Boletín 060 del 06-02 2016*. Obtenido de http://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-insta_la_actuacion_urgente_de_las_autoridades_competentes_para_garantizar_los_derechos_a_la_vida__la_salud_y_la_alimentaci_n_de_los_ninos_de_La_Guajira.news

Uprimny, R. (1996). Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución. En: R. Uprimny & A. Vargas. *La responsabilidad en derechos humanos*. Bogotá: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

Constitución Política de Colombia.

Constitución política de Colombia. (1991). Bogotá: Leyer.

Leyes y Decretos

Congreso de la República de Colombia. (2006). Código de la Infancia y la Adolescencia: Ley 1098 de 2006. *Diario Oficial*, 46.446.

Presidente de La República de Colombia. (2000). Decreto 262: Estructura y Organización de la Procuraduría General de la Nación. *Diario Oficial*, 43.904.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia T-412*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (2001a). *Sentencia C-402*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2001b). *Sentencia C-814*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia de T-510*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-397*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-075*. M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia C-683*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Tratados y documentos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas (1990). Res. 45/112. Doc. A/RES/45/112, 14 de diciembre. Directriz de Riad No. 14.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Medidas Cautelares 51/15. Res. 60 del 11 de diciembre.

Convención Americana de los Derechos Humanos. (1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre.

Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptada el 20 de noviembre de 1989.

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo3, párrafo1)*. Nueva York: ONU.

Otros

Instituto Nacional de Salud. (2016). *Reporte epidemiológico No 15 del 16 de abril*.

Procuraduría General de la Nación. (2011). *Acción preventiva No 004: vigilancia y seguimiento al sistema de responsabilidad penal de los adolescentes*.