

***Procuraduría  Sesenta y Uno Judicial II de Familia***

***Bogotá D.C., Calle 16 N° 4-75, Piso 2, Oficina 201***

***Tel 5878750 Ext.13510***

***Doctora***

***BEATRIZ HELENA SUÁREZ FRANCO***

***DEFENSORA DE FAMILIA***

***Bogotá D.C.***

***REFERENCIA: SIM: 13823849. PARD NIÑA: EDSR***

***HENRY ZÁRATE CORTÉS***, en mi condición de Procurador 61 Judicial II de Familia, actuando como Ministerio Público dentro de las actuaciones de la referencia, me permito emitir concepto para que sea tenido en cuenta al momento de la decisión final que disponga el restablecimiento de derechos de EDSR, el cual me permito exponer en los siguientes términos

1. ***Antecedentes.***

1.1.- Ha dado origen a las presentes diligencias, el manifiesto estado de vulneración de la niña EDSR, de maltrato, de abandono, al grado de que su vida estuvo en vilo, y sólo fue la intervención médica la que evitó que la niña perdiera la vida.

1.2.- Establecida la condición clínica de la niña, el ICBF ha dispuesto, a través de la Defensoría de Familia que Ud. ejerce, la apertura de la investigación para el restablecimiento de sus derechos, para lo cual se dispuso, en atención a la solicitud que oportunamente le dirigí, lo siguiente:

“*1. Acumular el PARD inicial a este proceso.*

*“2. Incorporar el informe técnico médico legal de la niña.*

*“3. Realizar visita domiciliaria a la progenitora de la niña, Sandra Brigitte Siabato.*

*“4. valoración psicológica a Sandra Brigitte Siabato para determinar condiciones emocionales y afectivas y su competencia para ejercer el rol materno,*

*“5. Recibir testimonios de personas señaladas como conocedoras de los hechos y circunstancias que han rodeado la niña: Anderson Giraldo, Johana González, Dagoberto González e Isabel su compañera, Anderson Rodríguez, padre de Matías, hijo de Sandra Brigitte.*

*“6. Visita domiciliaria y valoración psicológica a María Netty Siabato y Yulieth Tatiana Marín.*

*“7. Solicitarse a la Fiscalía que comparta información clave que permita establecer la historia de vida de la niña, así como hechos puntuales que originaron la nueva situación*.”

1.3.- Desde el inicio de la investigación se evidenció la dificultad para establecer las condiciones reales en que se produjo el maltrato a la niña, por la desinformación que los mismos medios de comunicación propiciaron, lo cual alertó a los responsables para que evadieran los requerimientos de las autoridades, como por ejemplo, el de la propia madre de la niña, SANDRA BRIGITTE SIABATTO RIAÑO, quien enterada de los sucesos se dio a la fuga y posteriormente, una vez ubicada, nuevamente se desapareció del panorama y de la vida de su hija.

1.4.- Pese a lo anterior, ha sido claro que la niña EDSR ha venido siendo víctima de maltrato, y su propio cuerpo ha sido testigo y es evidencia de ello, continuando en investigación de quién o quiénes han sido sus victimarios.

1.5.- Convocadas las personas que conforman o deberían conformar el núcleo más cercano de la niña, como su progenitora y su abuela materna MARIA NETTY, no entregan ellas las garantías para la protección y desarrollo de la niña.

1. ***Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos***

2.1. Me permito hacer precisiones sobre la situación sometida a estudio, para lo cual se comenzará por la identificación del escenario en donde se lleva a cabo la investigación de la conducta catalogada como vulneradora de derechos, el cual no es otro que el proceso de restablecimiento de derechos.

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos está concebido en el art. 96 y s.s. del Código de la Infancia y la Adolescencia, en donde se diseña su tramitación ante la fijación de pasos procesales que deben verse sujetos a un procedimiento, y hoy, ante la eventualidad de tener que recurrir a normativa de procedimiento, se ceñirá a lo previsto al Código General del Proceso. Si bien se identifica como Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos -en lo sucesivo PARD-, su esencia es más judicial que administrativa, aunque esta afirmación constituya una pequeña digresión por no ser del fondo de la presente discusión.

El PARD, como se anotó, tiene su tramitación regulada por el C.I.A., y además, por la misma autorización de dicho Ordenamiento, otorgó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la facultad de fijar los lineamientos técnicos para que con base en ellos existiesen derroteros comunes que fueran empleados por todas las autoridades de restablecimiento de derechos, es decir, que el adelantamiento de tales procesos fueran iguales en todos esos escenarios, siguiendo líneas predeterminadas, como una forma de salvaguardar, entre otros derechos, el del debido proceso.

Se considera útil para el análisis del caso sometido a estudio por vía de tutela, el hacer un pormenorizado recuento de la naturaleza del PARD:

Dice el art. 50 del Código, que restablecer derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA) es restaurar su dignidad e integridad como sujetos, y lograr el eficaz ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados, siendo responsabilidad del Estado a través de sus instituciones.

Son autoridades de restablecimiento de derechos las defensorías de familia adscritas al Icbf y las Comisarías de Familia -entidades del orden municipal- y supletoriamente las inspecciones de policía en donde no hubiere ninguna de las anteriores. En segunda instancia los juzgados de familia o promiscuos de familia; eventualmente como autoridades de restablecimiento ante la pérdida de competencia de defensores o comisarios por vencimiento de términos, en única instancia.

En todas las actuaciones administrativas o judiciales, deberá procederse a la verificación de derechos de NNA -art. 52-, que consiste en la constatación de la satisfacción de los derechos mínimos que contempla la Ley, que permitirá definir las medidas de restablecimiento provisionales o definitivas a que haya lugar:

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.

Como resultado del proceso, si hay amenaza o vulneración de derechos procederá la adopción de ***medidas de restablecimiento de derechos***, que podrán consistir en:

1.- Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

Su incumplimiento acarrea sanción de multa de 1 a 100 salarios mínimos legales diarios vigentes, convertibles en arresto, impuesta por el defensor de familia. No obstante, la dificultad para la imposición, su recaudo y su conversión en arresto, ha hecho de esta medida un medio carente de fuerza coercitiva y desde lo personal no conozco decisiones en tal sentido.

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 paso.

5. La adopción.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

Todas, salvo la adopción, pueden ser modificadas, dependiendo las circunstancias que dieron lugar a ellas.

En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 7 del Decreto 4840 de 2007, corresponde a la Defensoría de Familia el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de riesgo o vulneración de derechos en contexto diferente de la violencia intrafamiliar (VIF).

El PARD tiene como cometido restaurar su dignidad e integridad de NNA como sujetos y lograr el eficaz ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados.

Para tal fin se adelanta proceso, que tiene comienzo con el informe de autoridad o institución, queja o denuncia de la persona afectada o de cualquiera otra en su nombre, sin requerir ningún tipo de legitimación para actuar, u oficiosamente.

Cuando se tenga conocimiento del riesgo, amenaza o vulneración de derechos se procederá a proferir resolución de apertura de la investigación, la que se tramitará mediante un procedimiento sumario, en donde la oralidad será la constante, salvo para descorrer el traslado inicial y la interposición de recursos, lo mismo que con la salvedad de las notificaciones en caso de incomparecencia de las partes a las audiencias, en cuyo caso se surten por estado.

En el auto apertura de la investigación se procederá a adelantar actuaciones tendientes a:

1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo.

2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.

Las medidas que se adopten, son las contempladas en el art. 53, o cualesquiera otras que contribuyan al cumplimiento del propósito de protección integral, que serán eminentemente provisorias y que podrán ser modificadas en el curso del proceso sin mayores requisitos, en la medida que haya razones y fundamentos que la justifiquen.

3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

Nótese que se aplican todas las características del juicio oral, y desde la apertura del proceso se ordena la práctica de pruebas, con lo cual se avanza, pues si bien las partes tienen la potestad de aportarlas y solicitarlas, el defensor conserva la capacidad para decretarlas oficiosamente, de acuerdo con las necesidades del proceso.

Abierta la investigación y vinculados los padres, cuidadores o familiares, junto con los presuntos responsables de la vulneración, se dispone la notificación personal de dicha providencia en la forma indicada por el art. 102 del C.I.A., en concordancia con el art. 291 del C. G. P. y se les corre traslado de la “solicitud”, que debe entenderse como del informe, queja y en general del auto de apertura, por el término de cinco días, para que dentro de él se pronuncien y aduzcan las pruebas que pretendan hacer valer.

Esta notificación debe hacerse de manera personal en la forma indicada por las normas citadas, pero cuando se desconozca la identidad o dirección de los citados, ésta se hará a través de publicación en la página de Internet del Icbf por un término no inferior a cinco días y por transmisión en un medio masivo de comunicación, incluyendo fotografía del NNA si fuere posible.

Todas las demás notificaciones en el curso del proceso se surtirán en audiencia, en estrados, conforme a lo previsto en el art. 294 del C.G.P.

Las demás notificaciones que se requieran se realizarán a través de aviso que se enviará por servicio postal autorizado, a excepción de aquellas que se deban realizar por estado.

En materia de contradicción de dictámenes e informes se aplicará lo previsto sobre el tema por el Código General del Proceso, sin que sea posible la tramitación de incidentes y demás actuaciones dilatorias.

Cumplida esta instancia procesal se proferirá la decisión definitiva mediante resolución que deberá tener las características propias de una decisión judicial: identificación del NNA, de las partes que intervienen y las convocadas, una síntesis de los hechos, la valoración probatoria y los fundamentos de derecho que sirvan como sustento a la disposición de la medida si hay lugar a ella, determinándola específicamente, su ejecución y la forma como ha de cumplirse, el seguimiento y la periodicidad del mismo.

La resolución que defina la investigación, si hay lugar a ello adoptará medida de restablecimiento de derechos y si se tratare de la declaratoria de adoptabilidad cuando las circunstancias lo ameriten, sólo podrá ser proferida por el defensor de familia (num. 14 del art. 82 e inciso 2 del art. 98 del CIA), es decir, esta decisión tiene reserva legal.

Emitida la decisión definitiva, esta resolución es susceptible del recurso de reposición que deberá ser interpuesto por las partes que se hallaren en la audiencia en el acto de la misma verbalmente, y para quienes no asistieron se les notificará por estado que se fijará en la Secretaría por un día, para que en el término de su ejecutoria –tres días- lo interpongan, con la exposición de motivos de sus sustentación.

No habiéndose interpuesto el recurso de reposición o resuelto éste, dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria si alguna de las partes o el Ministerio Público solicitan la homologación del fallo expresando las razones de la inconformidad, se remitirá el expediente al Juez de Familia quien tendrá el término de diez días para la decisión.

En caso de la declaración de adoptabilidad, me permito transcribir el nuevo artículo 108 del Código de Infancia y Adolescencia: *“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo* [*100*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006_pr002.html#100) *del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.*

*“En los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del Estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad.*

*“Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días.*

***“PARÁGRAFO.*** *En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho.”*

Después de este apretado resumen sobre lo que constituye el proceso de restablecimiento de derechos, procede el análisis del caso concreto.

1. ***Conclusiones del Ministerio Público***.

3.1.- Revisado el expediente, se desprende que obra en el mismo, además de la historia de atención, de la resolución antedicha y de las notificaciones mencionadas, la verificación de derechos, tales como la valoración nutricional, la información social y psicológica.

3.2. De esta revisión se concluye, que cotejado el procedimiento que se debe seguir dentro del PARD de acuerdo con la normativa que lo regula, con el realmente adoptado dentro de los procesos de restablecimiento de EDSR, se observa que se atendieron los lineamientos fijados para el cumplimiento del cometido del proceso, vaga decir, el restablecimiento de derechos en un ambiente de igualdad, de equidad que debe darse para poder concluir que se cumplió el respeto al debido proceso, pues las únicas familiares de la niña, madre y abuela fueron notificadas personalmente, enteradas del traslado, y se les escuchó prolijamente sobre sus explicaciones, expectativas y sus propósitos.

3.3.- ***Derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella***. Constitución Política de 1991 señala en su artículo 42, que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”* y que es deber del Estado y la sociedad garantizar su protección integral. Además, el artículo 44 indica que los niños tienen derecho a *“tener una familia y no ser separados de ella”*.

Con base en los anteriores postulados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reivindicado la exigencia de respeto y garantía de la unidad familiar, especialmente cuando están de por medio derechos de niños y niñas[]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-044-14.htm" \l "_ftn33" \o "), de modo que *“la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”* *(T-044 de 2914)*.

Protección que no es absoluto “*el derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos” (T-044 de 2014)*.

En la misma sentencia referenciada se diferenció entre una serie de hechos que i) son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia; ii) pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección; o iii) no son suficientes para adoptar la decisión de separar a un niño de su familia. Cabe destacar que ninguna de estas categorías contiene un listado exhaustivo ni taxativo.

“Dentro de la primera, la Corte identificó los siguientes hechos, que constituyen circunstancias suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en una familia:

i.      La existencia de riesgos para la vida, la integridad o la salud del NNA;

ii.     Los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y

iii.     Las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección, es decir: abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

3.4. Como se ve, hay ya todo un soporte jurisprudencial que ha abordado el tema con suficiencia, y del cual se extrae lo que constituye el elemento medular del derecho superior del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, a menos que las circunstancias ameriten decisión tan impactante, porque como se vio, ese derecho no es absoluto, pero que en este caso se justifican plenamente, en donde, más que separar a la niña de su familia, ha sido la familia la que se ha separado de ella, sometiéndola a abandono absoluto.

3.5. ¿De la madre qué se puede decir? Abandonó a su hija. Las explicaciones que dio en su versión no fueron justificadas ni demostradas. Sostuvo que solamente pro algunas temporadas dejó a la niña al cuidado de Luz Marina por un pago de $50.000 por día. No resultó ser cierto, lo desmiente Solanyi, que resultó ser otra cuidadora. Desde el mismo momento del nacimiento de la niña, SANDRA no se apersonó de su rol materno, sin que se desconozca que para ese momento ella era también menor de edad, adolescente. Después la expuso cuando la retiró del lado de la abuela para someterla al maltrato ya evidenciado.

3.6. ¿Y de la abuela María Netty? Primero, cuando su hija Sandra se fue del hogar cuando ella tenía 14 años no hizo nada para recuperarla y la dejó a su suerte. Cuando Sandra, su hija, fue y se llevó a la niña EDSR de quien se le entregó la custodia, tampoco hay muestras de preocupación mayor para recuperarla, como tampoco de su otra hija menor de edad, Yulieth Tatiana Marín, de quien tuvo noticias 8 días después, sin que hiciera nada efectivo para traerla a su lado, y en fin, todas las actuaciones realizadas dentro del proceso, quedan muestra de que ella tampoco está en disposición ni condiciones de velar por el cuidado de su nieta, el que habiéndosele confiado en una oportunidad no supo responder a esa responsabilidad.

3.7.- Para el Ministerio Público no hay alternativa distinta que la declaratoria de adoptabilidad, pues todas las pruebas médicas allegadas, constituyen la historia de la niña plasmada en su propio cuerpo, el que como dije, es el pleno testigo del abandono, del maltrato del que la niña EDSR ha sido víctima sistemáticamente, por ello, independientemente del resultado de las investigaciones penales que siguen en curso para establecer los responsables, a ella debe dársele una oportunidad de vida, en donde el amor, como inspiración y motivación de la adopción, llegue a la niña, en consecuencia sea declarada la adoptabilidad de la que pueda beneficiase, pues no hay otro mecanismo que le permita el restablecimiento de su dignidad, de sus derechos.

De la señora Defensora, cordialmente,

***HENRY ZÁRATE CORTÉS***

***Juez***