

DISCAPACIDAD / CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS – Entre el Juzgado 31 de Familia de Bogotá y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) – Grupo de Protección – Regional Bogotá- / CASO CONCRETO - Niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Aplicación del artículo 208 de la Ley 1955 de 2019 / PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS – Aspectos generales

La protección integral de los niños, niñas y adolescentes comprende la garantía y efectividad de sus derechos prevalentes, desde la prevención de cualquier situación que los amenace hasta el restablecimiento de tales derechos, cuando les son vulnerados. Asimismo, implica que siempre se debe aplicar la norma o la interpretación más favorable al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 44 / LEY 1098 DE 2006 (CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA) / LEY 1878 DE 2018 / LEY 1955 DE 2019

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES – Noción y etapas

Dispone el artículo 50 que el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consiste en «la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados». Por su parte, el artículo 51 consagra que dicha obligación de restablecimiento es responsabilidad del Estado, en su conjunto. [...] El marco legal reseñado trata de garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando son vulnerados, desconocidos o puestos en riesgo, mediante un proceso de protección y restablecimiento que se adelanta por vía administrativa, en tres fases o etapas: (i) la verificación de los derechos (art. 52, modificado por art. 1 de la Ley 1878); (ii) el procedimiento regulado en los artículos 99 y 100 del código (modificados por los arts. 3 y 4 de la Ley 1878) que concluye con la imposición de medidas transitorias de protección, y (iii) el seguimiento a esas medidas transitorias (art. 103, modificado por el art. 6 de la Ley 1878 de 2018 y el art. 208 de la Ley 1955 de 2019), que termina con una decisión de fondo consistente en ubicar de manera definitiva al niño, niña o adolescente en un medio familiar estable (familia nuclear o adoptiva) y a cerrar el proceso de protección.

FUENTE FORMAL: LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 1 / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 3 / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 4 / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 6 / LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 52 / LET 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 208

COMPETENCIA GENERAL DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL – Elementos que la habilitan para dirimir los conflictos de competencia administrativa / COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO DE CIVIL – En asuntos de familia

Con base en las normas transcritas, la Sala ha precisado los elementos que la habilitan para dirimir los conflictos de competencia administrativa, a saber: i) que se trate de una actuación de naturaleza administrativa, particular y concreta; ii) que, de forma simultánea, las autoridades concernidas nieguen o reclamen competencia para conocer de la actuación administrativa particular; iii) que una de las autoridades inmersas en el conflicto de competencia administrativa sea del orden nacional, o que, en todo caso, no estén sometidas a la jurisdicción de un

solo tribunal administrativo. Por lo anterior, como regla general, los conflictos de competencias entre las autoridades que tramitan las actuaciones administrativas reguladas en el Libro Primero de la Ley 1098 de 2006 son de conocimiento de la Sala. Solo se exceptúan de esta competencia los conflictos regulados por la norma especial incorporada en el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1878 de 2018, que reguló el procedimiento de que tratan los artículos 99 y 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 99 / LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 3 PARAGRAFO 3

JUECES DE FAMILIA – Conflictos de competencias administrativas en materia de familia

Al analizar esa disposición, la Sala considera que el Código General del Proceso (CGP) no modifica ni deroga, en forma expresa o tácita, ninguna de las disposiciones señaladas del CPACA respecto de los conflictos de competencias administrativas, pues, si bien el artículo 21 del CGP confiere a los jueces de familia la función de resolver los conflictos de competencia que se presenten entre las autoridades antes mencionadas, esa competencia no resulta opuesta ni incompatible con lo dispuesto para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y los tribunales administrativos en los artículos 39; 112, numeral 10, y 151, numeral 3º, del CPACA. Así las cosas, puesto que el artículo 21, numeral 16, del CGP no implica la pérdida de competencia de la Sala para resolver conflictos de competencias administrativas en materia de familia, se concluye que la Sala y los jueces de familia tienen, en este campo, una competencia concurrente y a prevención.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO) – ARTÍCULO 21 NUMERAL 16 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 39 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 112 NUMERAL 10 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 151 NUMERAL 3

JUECES DE FAMILIA – Competentes para conocer los conflictos de competencias administrativas en materia de familia

Por lo que, en tanto el artículo 3 de la Ley 1878, que modificó el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, confirió a los jueces de familia la función de dirimir los conflictos de competencia que puedan presentarse en el trámite regulado por dicha norma, sobre ese punto ya no hay vacío, sino norma especial de aplicación prevalente. El artículo 99 del código regula la «iniciación de la actuación administrativa», cuyo trámite se consagra de forma inicial en este artículo y continúa desarrollándose en el artículo 100 de la misma normativa, por lo que debe entenderse que el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1878 cubre ambos artículos. Significa, entonces, que los conflictos de competencia que se susciten desde el «conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos» hasta la definición de la situación jurídica, «declarando en situación de vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña o adolescente», regulado en los artículos 99 y 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son competencia del juez de familia. Lo anterior, sin perjuicio de que, por cambios de lugar de domicilio del menor, se llegaren a exceder las limitaciones de jurisdicción territorial del juez de familia, caso en el cual la competencia recaería en el tribunal de lo contencioso administrativo respectivo o en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según el caso.

FUENTE FORMAL: LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 99 / LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 100 / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 3

SEGUIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN O RESTABLECIMIENTO – Competencia y alcance

La comparación de los artículos 96 y 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia permiten llegar a la conclusión de que la función de seguimiento está a cargo de los defensores de familia, comisarios de familia, inspectores de policía o jueces de familia, según el caso, con la colaboración de los coordinadores de los centros zonales del ICBF. En ejercicio de dicha función, les corresponde: (i) evaluar la eficacia de tales medidas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y (ii) establecer cuál de las medidas enunciadas en la norma debe ser la medida de restablecimiento definitiva.

FUENTE FORMAL: LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 103 / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 6 / LEY 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 208

VIGENCIA DE LA LEY 1878 DE 2018 / EXPEDICIÓN DE LA LEY / PROMULGACIÓN DE LA LEY

En cuanto a lo primero, debe decirse que la expedición de la ley no coincide con el momento de su vigencia. La expedición se refiere a la formulación de la materia normativa y la promulgación alude a la publicidad de dicho contenido. «En consecuencia, la ley o el acto, aunque se conforman en el momento de su expedición, sólo producen efectos jurídicos desde su promulgación en el Diario Oficial». Por consiguiente, si se le da un efecto útil al artículo 13 de la Ley 1878 de 2018, en el sentido de que la expresión «a partir de la expedición» de esa ley debe entenderse como el inicio de su vigencia, esto es, que el legislador fijó la fecha de su promulgación como el día en que debía «principiar a regir» (art. 53 de la Ley 4 de 1913), necesariamente deberá concluirse que si la Ley 1878 fue publicada en el Diario Oficial 50.471 del 9 de enero de 2018, esta comenzó a regir en esa fecha, y, por lo mismo, desde ese momento comienza a regular las situaciones por ella previstas, en lo que se conoce como efecto general inmediato de la ley. Así las cosas, a los procesos administrativos de restablecimiento de derechos que se inicien a partir del 9 de enero de 2018 se les aplicará, en su integridad, la Ley 1878 de 2018, incluida la regla especial de definición de los conflictos de competencia asignada por el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1878 de 2018 al juez de familia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 157 / LEY 4 DE 1913 – ARTÍCULO 53 / LEY 1878 DE 2018 – ARTÍCULO 13

LEY 1878 DE 2018 – Reglas de transición

Como ya se indicó, las reglas especiales de tránsito legislativo contenidas en el artículo 13 antes transcrito se refieren expresamente a los «procesos en curso al entrar en vigencia la presente ley», esto es, aquellos en los que, para el 9 de enero de 2018, se hubiera abierto la investigación para la protección de los derechos, en los términos del artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 (original). Para su aplicación, se tienen en cuenta los siguientes elementos: • Los procesos en los que aún no se hubiera definido la situación jurídica establecida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, deberán ser fallados conforme a la legislación vigente al momento de su apertura; es decir, situaciones nacidas al amparo de la ley antigua

continuarán rigiéndose por ella y no por la ley nueva. Sin embargo, una vez dictado y ejecutoriado el fallo («declaración en situación de vulnerabilidad o adoptabilidad»), el trámite de seguimiento deberá hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1878 de 2018. • En los procesos en curso para el 9 de enero de 2018 «que se encuentran con declaratoria en situación de vulneración de derechos», se aplicará la Ley 1878 de 2018, en lo relativo al «seguimiento de las medidas».

FUENTE FORMAL: LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 99 / LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 100 / LEY 1878 DE 2018

ENFOQUE DIFERENCIAL – Criterio de interpretación y aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia

Para el caso que ocupa ahora a la Sala, el Código de la Infancia y la Adolescencia expedido con la Ley 1098 de 2006, contempla: a) La igualdad formal, en el artículo 1º, que se refiere a los niños, niñas y adolescentes, sin distinción alguna, con la finalidad de garantizarles su pleno desarrollo en la familia y en la sociedad, y de prohibir toda discriminación: [...]. b) El enfoque diferencial, referido expresamente a: i) los pueblos indígenas y grupos étnicos, en el parágrafo 2º del artículo 3º y en el artículo 13; ii) en perspectiva de género, que en el artículo 12 es entendida como «el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social»; y iii) por razón de la discapacidad, en el artículo 36, que se analizará más adelante por cuanto corresponde con el caso concreto. En vigencia de la Ley 1098 de 2006, el ICBF expidió varias resoluciones aprobatorias de los lineamientos técnico administrativos para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados, los cuales actualmente están incorporados en el Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes con sus Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados, aprobado mediante la Resolución 1526 de 23 de febrero de 2016, del ICBF, implica que las actuaciones que se adelanten en los diferentes procesos de restablecimiento de derechos deberán ser acordes a las necesidades y características específicas de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea «real y efectiva», ver: Corte Constitucional, sentencia T-432 de 1992.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD – Protección de las personas en situación de discapacidad

Como se mencionó atrás, el Estado colombiano es parte y ha ratificado distintos instrumentos internacionales sobre los derechos de la población con discapacidad, los cuales, por reconocer derechos humanos que no pueden ser limitados en los estados de excepción, integran el «bloque de constitucionalidad», con lo cual adquieren prevalencia en el derecho interno. [...] Ahora bien, la Corte Constitucional también se ha ocupado en establecer los instrumentos internacionales que por i) reconocer los derechos humanos y ii) prohibir su limitación en casos de excepción forman parte del bloque de constitucionalidad. En relación con las personas con discapacidad, aprobados en vigencia de la

Constitución de 1991, están: • La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, ratificada por Colombia y aprobada por la Ley 762 de 2002. Esta ley y la Convención fueron declaradas exequibles en la sentencia C-401/03 [...]. • La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, suscrita por Colombia y aprobada por la Ley 1346 de 2009. La sentencia C-293-10 declaró exequibles la ley y la Convención. [...] Y, para la protección de derechos de los niños con algún tipo de discapacidad, también son parte del bloque de constitucionalidad: Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la OIT; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas; el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad; El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental; La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, etc.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de bloque de constitucionalidad, ver: Corte Constitucional, sentencia C-225-95

SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR – Concepto

El Decreto 936 de 2013 «por el cual se reorganiza el sistema nacional de bienestar familiar, se reglamenta el inciso primero del artículo 205 de la ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones» definió el Sistema Nacional de Bienestar Familiar como el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal.

FUENTE FORMAL: DECRETO 936 DE 2013 / LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 205

PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES – Competencia

Se concluye entonces, que la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es competencia del Estado, la Sociedad y la Familia y se materializa con la implementación de políticas públicas y la ejecución de programas, planes y proyectos de articulación entre los agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Concepto

Por lo tanto, debe entenderse que una norma de inferior jerarquía es incompatible con una disposición constitucional cuando ambos preceptos no pueden subsistir y aplicarse al mismo tiempo, para solucionar determinada situación jurídica. En tal evento, como lo ordena el artículo 4 de la Carta, es indudable que debe aplicarse la norma superior, aunque ello implique dejar de aplicar (total o parcialmente) el dispositivo inferior. La Sala hace notar que, concebida así, la excepción de inconstitucionalidad constituye, además de lo explicado, una aplicación del principio según el cual, en caso de existir una oposición o antinomia entre dos

normas jurídicas de diferente jerarquía, la disposición superior (de cualquier clase) prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Por el contrario, cuando las dos disposiciones –la superior y la inferior- pueden compatibilizarse, esto es, aplicarse simultáneamente al caso de que se trate, ya sea bajo una interpretación aceptable, o bien mediante la integración de tales preceptos con otras reglas del ordenamiento, el operador jurídico debe cumplir y aplicar ambas normas.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Efectos

En razón a lo anterior, las autoridades administrativas o judiciales y los particulares que deban aplicar una norma, en un caso concreto, y encuentren que esta es claramente incompatible con la Constitución, pueden, por este mecanismo, exceptuar su aplicación. No obstante, la excepción de inconstitucionalidad no tiene efectos de cosa juzgada (a menos que se declare en una sentencia o en otra providencia judicial que tenga los mismos efectos), ni tampoco *erga omnes* (frente a todas las personas). Por el contrario, dicha figura produce efectos relativos (en relación con la actuación, decisión o asunto de que se trate) e *inter partes* (con respecto a las personas vinculadas). Esto implica que: i) la excepción de inconstitucionalidad no resulta obligatoria o vinculante para cualquier otro funcionario judicial o administrativo que deba conocer posteriormente del mismo asunto, por razón de sus funciones o competencia, y ii) la norma que ha sido exceptuada no desaparece del ordenamiento jurídico, ni pierde su vigencia y validez, por lo que puede ser utilizada por cualquier otro operador jurídico.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Aplicación en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PARD)

Ahora bien, en relación con la aplicación de este instituto en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, vale la pena recordar que, antes de que se expidiera el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019 (mencionado en el acápite anterior), no existía un mecanismo que permitiera ampliar el tiempo máximo de 18 meses que introdujo el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, ni siquiera en aquellos procesos en los que, por las condiciones particulares del menor de edad, no podían culminarse dentro de dicho plazo. De ahí que algunas autoridades administrativas optaran por inaplicar la norma que establece dicho término, invocando la denominada excepción de inconstitucionalidad, en aras de preservar los derechos fundamentales y el interés superior de los niños. Al respecto, es preciso decir que, en todo caso, la aplicación de esta figura en el marco de los PARD «debe estar sólidamente fundamentada y considerar el interés superior de los niños involucrados, so pena de incurrir en pérdida de competencia; circunstancia que sólo se puede determinar a la luz de las circunstancias de cada caso concreto». [...] Ahora bien, el artículo 208 de la Ley 1955 habilitó la posibilidad de la ampliación de los términos perentorios consagrados con la expedición de la Ley 1878 de 2018, «con el fin de garantizar una atención con enfoque diferencial», y consagró que el ICBF debía reglamentar «un mecanismo para analizar el proceso y darle el aval a la autoridad administrativa para la ampliación del término».

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 4 INCISO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 95 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 NUMERAL 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 241 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 9 /

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la excepción de inconstitucionalidad, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-132 de 2013

HOGAR GESTOR CON DISCAPACIDAD – Generalidades

Para el caso que nos ocupa, resulta oportuno referirse al programa de Hogar Gestor con Discapacidad, que hace parte de la modalidad mencionada, y surge, precisamente, «como una política institucional de desinstitutionalización», y «como una forma de promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes con sus familias de origen [...] por medio del apoyo y fortalecimiento a la familia para la superación de sus condiciones de vulnerabilidad». Esto ocurre en aquellos procesos administrativos de restablecimiento de derechos en los que se ha evidenciado que la familia les ofrece el cuidado, afecto y la atención que requieren, pero existen otras circunstancias, por ejemplo, de precaria condición económica, que les impide a los padres garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos. Se trata, por tanto, de una medida de protección para el restablecimiento de los derechos los niñas, niños y adolescentes con discapacidad, a través de i) el acompañamiento psicosocial, y ii) el apoyo económico, cuando este se requiera, «con el fin que la red familiar o vincular, asuma de manera corresponsable la protección integral y desde la garantía de el “derecho de los niños, niñas adolescentes de tener una familia y no ser separado de ella.”». Este apoyo lleva implícito el compromiso de los padres de mejorar las condiciones económicas para su autosostenimiento. [...]

FUENTE FORMAL: LEY 1098 DE 2006 – ARTÍCULO 22

HOGAR GESTOR CON DISCAPACIDAD – Finalización de la medida

La Corte Constitucional, en varios pronunciamientos, ha insistido en que «el vencimiento del plazo no implica per se la exclusión de los menores de esta medida». En sentencia T-075 de 2013, estableció que la autoridad administrativa no debe suspender la continuidad en la medida de Hogar Gestor con discapacidad por el solo hecho de haber cumplido con el tiempo dispuesto en el PARD, pues lo importante, en aras de preservar el interés superior del NNA y sus derechos, era la superación de las circunstancias que dieron origen a la medida. No obstante, en los eventos en los que proceda la finalización de la medida de restablecimiento de derechos correspondiente a Hogar Gestor con discapacidad, el ICBF, en el lineamiento técnico referido, explica que «la autoridad administrativa deberá realizar gestión de recursos para la atención de la población con discapacidad con las demás entidades que conforman el SNBF para que a través de otros programas institucionales le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos, en concordancia con el artículo 56 de la ley 1098 de 2006». Lo anterior significa que, independientemente de las circunstancias que motiven a la finalización de la medida, o la terminación del PARD, la vinculación del NNA con discapacidad debe mantenerse «hasta tanto se verifique la posibilidad de la autosuficiencia por parte de la familia o de su inclusión ya sea en otro programa, o entidad que le permita brindar el servicio requerido».

FUENTE FORMAL: LEY 1996 DE 2019

APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA AMPLIAR O SUSPENDER LOS TÉRMINOS DEL PARD – Efectos / VENCIMIENTO DE LOS TÉRMINOS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS – Efectos

Ahora bien, independientemente de que el defensor de familia del Centro Zonal Usme haya optado por utilizar el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad para ampliar o suspender los términos del PARD, y mantener su competencia, con el fin de proteger los derechos de la niña, los efectos relativos e inter partes de esta figura impiden que dicha decisión pueda considerarse obligatoria o vinculante para las demás autoridades administrativas o judiciales que, posteriormente, deban revisar las actuaciones del defensor de familia, o adoptar otras decisiones en el curso del procedimiento administrativo, inclusive, para resolver los conflictos de competencia que puedan presentarse en desarrollo de aquel. En ese sentido, dados los citados efectos de la excepción, debe concluirse que las normas legales que señalan los plazos del PARD y establecen, como consecuencia de su vencimiento, la pérdida de competencia, continúan vigentes en el ordenamiento jurídico, y siguen siendo obligatorias para todas las autoridades y los particulares. Es importante recordar que el vencimiento de los plazos previstos en la ley para el trámite del PARD conlleva, como efecto, la pérdida de competencia de la autoridad (administrativa o judicial) que lo venía conociendo, pero, de ninguna manera, la terminación del proceso administrativo ni, mucho menos, la cancelación o el levantamiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas. Por ende, la autoridad que debe asumir el conocimiento recibe la actuación en el estado en que se encuentre, y le corresponde seguirla tramitando, hasta dictar la decisión que sea procedente sobre la situación jurídica del niño o adolescente involucrado.

FUENTE FORMAL: LEY 1878 DE 2018

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2021-00009-00(C)

Actor: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) – REGIONAL BOGOTÁ – DEFENSORÍA DE FAMILIA DEL GRUPO DE PROTECCIÓN

Referencia: CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

Partes: Juzgado 31 de Familia de Bogotá y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) – Grupo de Protección – Regional Bogotá-.

Asunto: Niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Aplicación del artículo 208 de la Ley 1955 de 2019

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en ejercicio de la competencia conferida por el artículo 39 y la función prevista en el artículo 112,

numeral 10, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), procede a estudiar el conflicto negativo de competencias administrativas de la referencia.

I. ANTECEDENTES

De la información consignada en los documentos que obran en el expediente, se resumen los antecedentes así:

1. El 17 de abril de 2015, la Dirección de Protección de la Regional Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) creó la petición SIM núm. 13549910, toda vez que «se acercó la señora G.A.G.G. a solicitar un hogar gestor para su hija M.L.G.¹ de 2 años, con síndrome de Cross» (carpeta 1PARD. Folios 5 a 13. Expediente magnético).
2. Mediante Auto del 20 de abril de 2015, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme ordenó las respectivas valoraciones a la niña, por parte del equipo interdisciplinario del ICBF – sicóloga, trabajadora social, dietista-nutricionista- (carpeta 1PARD. Folio 14. Expediente magnético).
3. El 14 de enero de 2016, el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme realizó las respectivas valoraciones a la niña, en las cuales se concluyó:

Psicólogo

M.L.G. presenta como diagnóstico colitis y duodenitis eosinofílica severa, alergia a la proteína de leche de vaca y huevo, alergia no especificada, desnutrición proteica calórica, enfermedad del reflujo gastroesofágico con esofagitis. Logra el desarrollo de actividades de su vida cotidiana con la supervisión de un adulto, asiste a sus controles médicos con especialistas, se observa que su progenitora le ofrece condiciones para brindarle cuidado, afecto y atención, quien hasta el momento ha asumido la gestión de su desarrollo integral con apoyo institucional y articulación de la red de servicios.

Se observó que la progenitora se encuentra dando garantía a su hija de condiciones físicas, sociales y emocionales favorables para su desarrollo en la medida de sus posibilidades económicas. Una vez realizada la valoración por psicología se considera viable que el caso ingrese al Programa Hogar Gestor, dado el cuidado especial que requiere el NNA y la dificultad que presenta con su alimentación, ya la EPS no continuará brindando el elemento esencial para su alimentación, elemento vital para la calidad de vida de la NNA.

Trabajadora social:

[...]

Se encuentra que la niña presenta diagnóstico ALERGIA ALIMENTARIA SEVERA, cuenta con sistema de salud EPS Famisanar, sin proceso de socialización académica por sus condiciones de salud no puede ser garantizado este derecho.

¹Por tratarse de menores, y con la finalidad proteger sus derechos y salvaguardar su intimidad, se omitirán sus nombres y el de sus familiares.

Se evidencia que el sistema familiar cuenta con espacios habitacionales y sociales acorde para el sistema familiar, dentro del relato la progenitora refiere que, aunque hay presencia de ingreso económico por el sistema filial, en ocasiones se presentan ciertas carencias económicas, lo cual es lo que la motiva a solicitar el Programa de Hogar Gestor.

Desde el área social se evidencia que la niña cuenta con sistema filial activo, con aspectos habitacionales, económicos y sociales cubiertos acorde a las necesidades para la niña, aunque dentro de factores de riesgo se encuentra en fragilidad y vulnerabilidad en la atención de salud como red institucional, escasos recursos económicos y eventos estresantes que no favorecen la situación problema (sic).

Nutricionista:

[...]

Se puede identificar en los datos alimentarios, a través de la anamnesis y comparado con las guías alimentarias para la alimentación alimentaria para la población colombiana, que su ingesta es insuficiente ya que por vulnerabilidad alimentaria no tiene una adecuada ingesta de alimentos, no consume de los diferentes grupos de alimentos, debido a su diagnóstico médico, la alimentación se ve alterada por alergias y rechazos alimentarios.

Físicamente presenta adecuadas condiciones de higiene y presentación. En la valoración antropométrica pesó 11.7 kilos y midió 88.3 cms, datos que la ubican en las gráficas de la OMS en una clasificación adecuada con riesgo de talla baja para la edad (carpeta 1PARD. Folios 43 a 55 Expediente magnético).

4. Mediante Auto del 6 de abril de 2016, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme dio apertura al PARD, en favor de la niña M.L.G. y decretó, como medida de restablecimiento de derechos, la ubicación en medio familiar y constitución de hogar gestor (Carpeta 1PARD. Folios 59 y 60. Expediente magnético).

5. Mediante Resolución 0070 del 6 de abril de 2016, la Defensoría de familia del Centro Zonal Usme resolvió declarar en situación de vulnerabilidad y fragilidad social de derechos a la niña M.L.G. y, adicionalmente, ordenó «Decretar como medida provisional de Restablecimiento de Derechos la ubicación en su medio familiar y la constitución de Hogar Gestor con discapacidad en favor de la niña» (carpeta 1PARD. Folios 62 a 74. Expediente magnético).

6. El 18 de mayo de 2016, la nutricionista-dietista de la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme realizó seguimiento nutricional a la niña y recomendó: «continuar plan alimentario acorde a su edad, continuar la asistencia a los controles de salud y seguimiento nutricional (carpeta 1PARD. Folio 95. Expediente magnético).

7. El 21 de febrero de 2018, el defensor de familia del Centro Zonal Usme solicitó al Instituto de Medicina Legal realizar examen de discapacidad sistémica a la niña M.L.G. (carpeta 8PARD. Folio 1. Expediente magnético).

8. El 1° de marzo de 2018, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses explicó que la valoración del grado de discapacidad, solicitado por la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme, «no se encuentra en el portafolio de servicios del Instituto de Medicina legal, para lo cual se recomienda hacer la solicitud a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá». Sin embargo, procedió a realizar valoración médica con las siguientes conclusiones:

Enfermedad actual:

Paciente de 5 años con alergia múltiple, desnutrición crónica, colitis y gastritis crónica, con alergia a la proteína al (sic) huevo y proteína de leche de vaca.

[...]

DIAGNÓSTICO CLÍNICO O IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA

1. Alergia alimentaria múltiple
2. Gastritis, esofagitis y duodenitis eosinofílica leve crónica
3. Urticaria crónica
4. Desnutrición crónica leve. (Percentil 3 para talla y percentil 15 para peso)
5. Ambliopía Refractiva
6. Torsión tibial

ANALISIS

Se trata de una menor (sic) de 5 años con múltiples comorbilidades en manejo con pediatría, gastroenterología, alergología, ortopedia, oftalmología y nutrición, quien requiere continuar con tratamiento y control médico con la periodicidad que determinen los médicos tratantes (carpeta 8PARD. Folios 4 y 5. Expediente magnético)

9. El 4 de julio de 2018, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme resolvió adecuar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña M.L.G. a lo dispuesto en la Ley 1878 de 2018. Adicionalmente, ordenó al equipo sicosocial realizar seguimiento por el término de 5 meses, tiempo, al cabo del cual, dicho equipo, «debe determinar si es procedente la terminación de la medida de restablecimiento de derechos y, en consecuencia, el cierre de la petición» (carpeta 9PARD. Folios 12 y 13. Expediente magnético).

10. Mediante Resolución núm. 1240 del 6 de julio de 2018, el defensor de familia del Centro Zonal Usme resolvió prorrogar el seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos de la niña (carpeta 9PARD. Folios 14 y 15. Expediente magnético).

11. El 24 de diciembre de 2018, mediante Resolución 4040, el defensor de familia del Centro Zonal Usme aplicó la excepción de inconstitucionalidad de los incisos 5, 6 y 7 del artículo 6 de la Ley 1878 que modificó el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006. En dicho acto administrativo el defensor de familia, literalmente, resolvió:

ARTICULO PRIMERO: Aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto los (sic) incisos 5, 6 y 7 del Artículo (sic) 6º Ley 1878 de 2018 que modificó el Artículo (sic) 103 de la Ley 1098 de 2006.

ARTÍCULO SEGUNDO: MANTENER la declaratoria de vulneración de derechos y PRORROGAR hasta nueva orden, a partir del 7 de enero de 2019 el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, junto con la medida de protección adoptada y el término de seguimiento a la medida de Hogar Gestor, con el fin de definir de fondo la situación jurídica de la niña en condición de discapacidad [...] y efectuar los seguimientos necesarios de cara a establecer si procede el cierre del proceso de encontrarse superada la vulneración de derechos y/o la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos (carpeta 11PARD. Folios 1 a 10. Expediente magnético).

12. El 18 de marzo de 2019, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme ordenó trasladar, a la directora del ICBF Regional Bogotá, la historia socio familiar de la niña M.L.G. Dicho traslado se realizó con base en las siguientes consideraciones:

[...]

Que el 12 de marzo de 2019, la [...] directora del ICBF Regional Bogotá, expide Memorando en el que ordena realizar el traslado de los 8.177 expedientes mencionados anteriormente, a fin que sean revisados e identificar el estado en el que se encuentra cada uno de ellos para adelantar las acciones a que haya lugar, conforme a lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 y su modificatoria la Ley 1878 de 2018 (carpeta 11PARD. Folios 61 a 63. Expediente magnético).

13. El 21 de marzo de 2019, el Grupo de Protección de la Regional Bogotá avocó conocimiento de la historia socio familiar de la niña

Posteriormente, mediante auto de la misma fecha, ordenó trasladar la historia de la niña M.L.G. a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme. Lo anterior, en atención a que «luego de la revisión del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos adelantado en favor del NNA, encontrando actuaciones dentro de términos procesales y ajustadas a derecho» (carpeta 11PARD. Folios 65 y 66. Expediente magnético).

14. El 27 de marzo de 2019, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme realizó informe de seguimiento en los siguientes términos:

Se presenta al seguimiento mensual la progenitora de la niña en mención, quien se encuentra con sistema familiar de tipología monoparental con jefatura femenina, con sistema de salud EPS Famisanar, con vinculación al sistema educativo en la institución educativa Chuniza.

Frente al tema de salud: reporta exámenes para entrega de gastroenterología, tiene programada citas con alergólogo, gastroenterología y oftalmología.

Refiere la progenitora que a nivel familiar en el momento cuenta con el apoyo de su hija, la mayor, quien es su red de apoyo y proveedora económica, dado que la progenitora, en este momento, presenta dificultades de salud (carpeta 11PARD. Folio 67. Expediente magnético)

15. El 1º de abril de 2019, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme avocó, nuevamente, el conocimiento de las diligencias contenidas en la historia socio familiar de la niña M.L.G., beneficiaria del programa de Hogar Gestor con discapacidad. Adicionalmente resolvió:

SEGUNDO: Se continúe el trámite técnico administrativo del restablecimiento de sus derechos, indicando que el NNA M.L.G., se encuentra ubicada en medio familiar y residen en la Localidad de Usme en Bogotá D.C.

TERCERO: Confirmar la medida de protección provisionalmente adoptada a favor del menor y solicitar al equipo psicosocial las valoraciones del caso, rindiendo los dictámenes periciales correspondientes con el fin de establecer condiciones actuales de la niña y su progenitor, realícense los seguimientos correspondientes (carpeta 11PARD. Folio 79. Expediente magnético)

El 5 de mayo de 2020, el defensor de familia del Centro Zonal Usme interpuso acción de tutela en contra de la EPS Famisanar, con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la niña y «le sean

concedidas las peticiones que más adelante se formularán para que la menor (sic) pueda recibir el tratamiento médico integral, así como la atención y suministro oportuno de los medicamentos, tratamientos y demás elementos que requiere para su enfermedad» (carpeta 15PARD. Folios 61 a 73. Expediente magnético).

16. El 15 de mayo de 2020, el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá resolvió conceder el amparo de tutela y ordenó a Famisanar «garantizar de manera inmediata la atención integral que conforme a las órdenes de los médicos tratantes demanden las patologías: Alergia alimentaria severa, desnutrición crónica, gastritis crónica, deficiencia de vitamina b12, problemas articulares, pie plano, colitis alérgica severa, esofagitis y duodenitis, que padece la niña» (carpeta 15PARD. Folios 110 a 117. Expediente magnético).

17. El 22 de septiembre de 2020, la directora de la Regional Bogotá del ICBF remitió, por pérdida de competencia, el expediente de la niña M.L.G. al juez de familia de Bogotá (reparto). Lo anterior, lo sustentó en los siguientes argumentos:

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede precisar que la autoridad administrativa superó el término legal para definir la situación jurídica de la niña M.L.G., puesto que, si bien es cierto, se profirió una excepción de inconstitucionalidad, en la cual se consagró un plazo de máximo 6 meses para definir la situación jurídica de la niña, disponiendo la movilización del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, el término venció el 6 de enero de 2019.

Aunado a lo anterior, es imperativo se tenga en cuenta que la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia, que no es viable jurídicamente adoptar la excepción de inconstitucionalidad con el objetivo de no perder competencia dentro de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos (carpeta 7 PARD 13 de noviembre. Folio 264 a 267. Expediente magnético).

18. El 20 de noviembre de 2020, el Juzgado 31 de Familia de Bogotá (autoridad a la cual correspondió por reparto) resolvió no asumir el conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña M.L.G., por considerar que los términos no se encuentran vencidos, toda vez que la defensoría de Familia, mediante la excepción de inconstitucionalidad, dejó de aplicar los artículos que disponen el término máximo para definir de fondo la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes (carpeta 29 recibe memoriales. Folios 1 a 6. Expediente magnético).

19. El 15 de diciembre de 2020, la defensora de familia del Grupo de Protección de la Regional Bogotá del ICBF solicitó a la Sala dirimir el conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Regional Bogotá del ICBF y el Juzgado 31 de Familia de Bogotá, en orden a determinar la autoridad competente para continuar con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la niña M.L.G. (carpeta 31 recibe memoriales. Folios 1 a 15. Expediente magnético).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, se fijó edicto en la Secretaría de esta Sala por el término de cinco días con el fin de que las autoridades involucradas y las personas interesadas presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (documento 8, archivo digital).

Consta que se informó sobre el presente conflicto al Juzgado 31 de Familia de Bogotá, al Grupo de Protección de la Regional Bogotá y a G.A.G.G (madre de la niña) (carpeta 42 reparto. Folios 1 y 2. Expediente magnético).

Obra también constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que, durante la fijación del edicto, el Grupo de Protección de la Regional Bogotá presentó alegatos (carpeta 37 memoriales al despacho. Folios 1 a 6. Expediente magnético).

Una vez examinada la documentación allegada al expediente, se advirtió que no se había comunicado el inicio de esta actuación a la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Usme, Regional Bogotá, por haber sido esta la dependencia que inició el PARD en favor de la niña, impuso la medida de restablecimiento de derechos correspondiente al «hogar gestor con discapacidad», y realizó el seguimiento a la medida respectiva. Por esta razón, el magistrado ponente, mediante Auto del 7 de abril de 2021, ordenó comunicar a la mencionada autoridad para que se pronunciara sobre el conflicto de competencias, de considerarlo pertinente²

Según informe secretarial del 16 de abril de 2021, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme respondió en los siguientes términos:

Me permito en calidad de defensora de familia manifestar que acataré la decisión proferida por el Honorable Tribunal en el conflicto de competencias desatado entre el ICBF Regional Bogotá y el Juzgado de Familia.

[...]

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Grupo de Protección de la Regional Bogotá del ICBF

Sostuvo que, con el fin de materializar el efectivo restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, el legislador otorgó, como un «mecanismo sustitutivo», la competencia al juez de familia para definir de fondo la situación jurídica de los menores de edad, cuando la autoridad administrativa ha perdido competencia por el vencimiento de los términos consagrados en la ley.

Señaló que, sobre el vencimiento de los términos, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en decisión del 12 de noviembre de 2019, así:

Por regla general los términos son perentorios, esto es, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que gozaban mientras estaban aún vigentes, por lo que, ante el vencimiento de alguno de los términos dispuestos por la ley para el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, la autoridad administrativa pierde competencia de manera irrevocable y le es imperioso remitirlo al juez de familia para que lo continúe.

Agregó que en el presente caso los términos se encuentran vencidos, toda vez que desde que inició el seguimiento a la medida han transcurrido 36 meses sin que se defina de fondo la situación jurídica de la niña con una declaratoria de

² Auto del 18 de marzo de 2021, expediente digital.

adoptabilidad o cierre del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006.

Añadió que si bien es cierto que, en su momento, el defensor de familia buscó la protección de derechos fundamentales con las herramientas con que contaba, también lo es que la norma inaplicada por medio de la excepción de inconstitucionalidad (artículo 6 de la Ley 1878 de 2018 que modificó el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006) fue modificada por el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, que impuso al ICBF la obligación de reglamentar un mecanismo para avalar la ampliación del término de seguimiento de los PARD con enfoque diferencial. Dicha reglamentación se llevó a cabo mediante la Resolución 11199 del 2 de diciembre de 2019, fecha a partir de la cual la autoridad administrativa podía solicitar ampliación del término para decidir de fondo la situación jurídica. Sin embargo, en el presente caso dicho aval no fue solicitado por el defensor de familia, razón por la cual los términos se encuentran vencidos.

Agregó, que la remisión del expediente a los juzgados de familia «se realizó en cumplimiento del mandato consagrado en el inciso 10º del Art. 103 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con lo establecido en el numeral 4º del artículo 119 de la cita[da] ley».

También afirma que dicha remisión no afectaba el proceso de atención de la niña, ni tampoco su rehabilitación, «la cual continúa realizándose por parte del ICBF, independientemente de la autoridad que conozca el caso; pero si (sic) busca obtener la definición de la situación jurídica de la niña y evitar la dilación injustificada del restablecimiento de derechos [...]», mediante la adopción de alguna de las decisiones que consagra el inciso 4º del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006.

Finalmente, manifiesta que, en vista de la pérdida de competencia, al exceder la autoridad administrativa los términos establecidos sin resolver de fondo la situación jurídica de la niña, «mal haría en emitir actuaciones dentro del PARD, dado que ya no es competente para realizarlas y cualquier acción que adelante estaría revestida de nulidad».

2. Del Juzgado 31 de Familia de Bogotá

Si bien no se pronunció dentro del trámite adelantado en esta Sala, se resumen los argumentos expuestos en el auto interlocutorio núm. 309 del 15 de octubre de 2019, mediante el cual rechazó la competencia.

En dicho auto, el juez señaló que:

[...] Agregar que, para el presente caso, tampoco nos encontramos en un caso de pérdida de competencia según el artículo 103 del C.I.A. (sic), ante la decisión adoptada el 24 de diciembre de 2018 por la Defensoría de Familia que aplicó la excepción de inconstitucionalidad a normas de la Ley 1878 de 2018, razón por la cual este juzgado no tiene competencia para resolver sobre el presente asunto.

Lo anterior, por cuanto el desconocimiento por parte de la Directora Regional Bogotá del ICBF de la decisión del Defensor de Familia de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, la que se itera, se encuentra en firme y amparada bajo la presunción de legalidad, tan solo repercute negativamente en el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y sus derechos fundamentales que precisamente deben ser reivindicados a través del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, pues la decisión jurídica sobre la decisión del

defensor de familia no puede implicar la afectación de definición de la situación jurídica de la niña.

No puede olvidarse que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del ICBF, por tratarse de una autoridad administrativa, sus actos se encuentran regulados conforme a la Ley 1437 de 2011 (art. 2), sin que pueda proceder a disponer sobre la legalidad de actos administrativos proferidos por la misma entidad por fuera del trámite previsto en dicha Ley en su artículo 93 y ss., esto es, dando aplicación al mecanismo jurídica (sic) de la revocatoria directa de sus propias decisiones, máxime cuando no ejerce función jurisdiccional alguna para debatir legalidad de dicho acto administrativo.

[...]

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1.1. Aspectos generales sobre la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Fundamentos constitucionales y desarrollo legal.

El artículo 44 de la Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional los derechos de los niños y las niñas, y estableció que prevalecen sobre los derechos de los demás. Por tal razón, el mismo precepto obliga a la sociedad, a la familia y al Estado a asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. La norma constitucional está en armonía con los postulados internacionales sobre la materia.

La protección integral de los niños, niñas y adolescentes comprende la garantía y efectividad de sus derechos prevalentes, desde la prevención de cualquier situación que los amenace hasta el restablecimiento de tales derechos, cuando les son vulnerados. Asimismo, implica que siempre se debe aplicar la norma o la interpretación más favorable al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

- Para dar cumplimiento a lo anterior, se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que tiene como objeto «establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento [...]» (artículo 2).

El Libro Primero del citado código regula un conjunto de actuaciones administrativas que, para efectos de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, estructuran un proceso de protección y restablecimiento de tales derechos, integrado por varias fases o etapas.

Dispone el artículo 50 que el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consiste en «la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados». Por su parte, el artículo 51 consagra que dicha obligación de restablecimiento es responsabilidad del Estado, en su conjunto.

A partir del artículo 52, el código desarrolla las medidas de protección, los procedimientos, las competencias y los trámites mediante los cuales deben las

autoridades administrativas hacer efectiva la responsabilidad del Estado en relación con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

- La Ley 1878 de 2018 introdujo modificaciones a la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), entre las cuales se destacan:
El artículo 1° de la referida ley modificó el artículo 52 de la Ley 1098, para precisar la competencia, el trámite y el plazo para la verificación de los derechos de los niños, niñas o adolescentes «[e]n todos los casos en donde se ponga en conocimiento la presunta vulneración o amenaza» de tales derechos.

La modificación señala que la verificación de los derechos debe hacerse «inmediatamente» y, excepcionalmente, en un plazo máximo de 10 días, cuando el niño, niña o adolescente no se encuentra ante la autoridad administrativa competente.

El artículo 3 de la Ley 1878 modificó el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 y le adicionó el párrafo tercero, conforme al cual los conflictos de competencia que se susciten entre autoridades administrativas, en las fases del proceso regidas por dicha norma, serán resueltos por los jueces de familia.

El artículo 6 modificó el artículo 103 de la Ley 1098, para precisar las actuaciones que deben ser adelantadas como seguimiento de las medidas de protección que se adopten, en los términos de los artículos 99 y 100 de la misma ley, y para establecer 18 meses como plazo para la decisión de fondo que resuelva la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes con medidas definitivas, esto es, la ubicación en medio familiar o la adopción.

- La Ley 1955 de 2019 modificó el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, que había sido modificado por el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018. De esta norma destaca la Sala:

El inciso segundo del artículo 208 reitera que «el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos con el seguimiento» debe adelantarse en el plazo de 18 meses, que inicia en la fecha «de conocimiento de los hechos».

El tercer inciso del artículo 208 introduce el enfoque diferencial como criterio para ampliar el término de la fase de seguimiento y resolver de fondo y de manera definitiva la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes. El mismo inciso determina que el ICBF reglamentará el mecanismo para adelantar el estudio de los respectivos expedientes, determinará la viabilidad de la ampliación de los términos y emitirá el aval correspondiente a la autoridad administrativa para que amplíe dicho plazo.

El cuarto inciso del artículo 208 se circunscribe a una de las poblaciones que están comprendidas en el criterio de enfoque diferencial, esto es, a las personas con discapacidad -mayores y menores de edad-. La modificación permite que la medida transitoria de protección impuesta bajo la modalidad de prestación del servicio que la discapacidad requiera podrá prolongarse hasta que el ICBF garantice que dicho servicio continuará a cargo de la entidad del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, de acuerdo con las competencias legales, en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos «en los cuales se hubiere superado la vulneración de derechos.».

El citado artículo 208 de la Ley 1955 de 2019 no modificó las reglas de competencia establecidas en el artículo 3 de la Ley 1878 de 2018, ni en la Ley 1098 de 2006.

El marco legal reseñado trata de garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando son vulnerados, desconocidos o puestos en riesgo, mediante un proceso de protección y restablecimiento que se adelanta por vía administrativa, en tres fases o etapas:

(i) la verificación de los derechos (art. 52, modificado por art. 1 de la Ley 1878);

(ii) el procedimiento regulado en los artículos 99 y 100 del código (modificados por los arts. 3 y 4 de la Ley 1878) que concluye con la imposición de medidas transitorias de protección, y

(iii) el seguimiento a esas medidas transitorias (art. 103, modificado por el art. 6 de la Ley 1878 de 2018 y el art. 208 de la Ley 1955 de 2019), que termina con una decisión de fondo consistente en ubicar de manera definitiva al niño, niña o adolescente en un medio familiar estable (familia nuclear o adoptiva) y a cerrar el proceso de protección.

La Ley 1878 de 2018³ fue publicada el 9 de enero de 2018, fecha a partir de la cual entró a regir, de manera integral, en todo el territorio nacional⁴.

El artículo 3º de la citada ley modificó el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 y le adicionó el párrafo tercero, conforme al cual los conflictos de competencia que se susciten entre las autoridades administrativas en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos serán resueltos por los jueces de familia.

En consecuencia, la Sala estima procedente hacer una revisión de las normas legales pertinentes, con base en la cual determinará, en el caso concreto, si es o no de su competencia el conflicto que le ha sido planteado y fundamentará la decisión que corresponda.

1.2. El análisis sobre la competencia de la Sala

En el marco normativo reseñado, la Sala estima procedente hacer una revisión de las normas legales, con base en la cual determinará, en el caso concreto, si es o no de su competencia el conflicto que le ha sido planteado.

La enunciada revisión comprende: a) la competencia general de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver los conflictos de

³Ley 1878 de 2018 (enero 9), «Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones».

⁴Por regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el Legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso, determine una fecha diferente (artículos 52 y 53 Ley 4 de 1913). Si bien la Ley 1878 de 2018 no contiene norma que indique la fecha de entrada en vigencia, en su artículo 13 estableció unas reglas de transición respecto de las cuales ordena su aplicación «a partir de la expedición de la presente ley». El análisis hecho por la Sala le permitió concluir que, a pesar de la falta de técnica, debe entenderse como fecha de inicio de su vigencia la fecha de su promulgación, esto es, el **9 de enero de 2018**, cuando fue publicada en el Diario Oficial núm. 50.471, con el fin de aplicar las reglas de transición desde la expedición.

competencias administrativas; *b*) la posición de la Sala en relación con el artículo 21, numeral 16, de la Ley 1564 de 2012⁵ (Código General del Proceso); *c*) el alcance del párrafo 3 del artículo 3º de la Ley 1878 de 2018, frente a la competencia general de la Sala para dirimir los conflictos de competencia que se susciten en las actuaciones administrativas reguladas por el Código de la Infancia y la Adolescencia; *d*) vigencia de la Ley 1878 de 2018; *e*) las reglas de transición previstas en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018; y *f*) la competencia de la Sala en el caso concreto.

a) Competencia general de la Sala de Consulta y Servicio Civil en los conflictos de competencias administrativas

La Parte Primera del CPACA regula el «Procedimiento administrativo». Su Título III se ocupa del «Procedimiento Administrativo General», cuyas «reglas generales»⁶ se contienen en el Capítulo I, del que forma parte el artículo 39, modificado por el artículo 2 de la Ley 2080 de 2021⁷, conforme al cual:

Artículo 39. *Conflictos de competencia administrativa.* Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

[...]

En el mismo sentido, el artículo 112 del código en cita, modificado por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021, dispone que una de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es la siguiente:

[...]

10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo. Una vez el expediente ingrese al despacho para resolver el conflicto, la Sala lo decidirá dentro de los cuarenta (40) días siguientes al recibo de toda la información necesaria para el efecto.

[...]

Con base en las normas transcritas, la Sala ha precisado los elementos que la habilitan para dirimir los conflictos de competencia administrativa, a saber:

⁵Ley 1564 de 2012 (julio 12), «Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones».

«**Artículo 34.** *Procedimiento administrativo común y principal.* Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código».

⁷ «Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la Jurisdicción».

i) que se trate de una actuación de naturaleza administrativa, particular y concreta;

ii) que, de forma simultánea, las autoridades concernidas nieguen o reclamen competencia para conocer de la actuación administrativa particular;

iii) que una de las autoridades inmersas en el conflicto de competencia administrativa sea del orden nacional, o que, en todo caso, no estén sometidas a la jurisdicción de un solo tribunal administrativo.

Por lo anterior, como regla general, los conflictos de competencias entre las autoridades que tramitan las actuaciones administrativas reguladas en el Libro Primero de la Ley 1098 de 2006 son de conocimiento de la Sala. Solo se exceptúan de esta competencia los conflictos regulados por la norma especial incorporada en el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1878 de 2018, que reguló el procedimiento de que tratan los artículos 99 y 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

b) La posición de la Sala en relación con el artículo 21, numeral 16, de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)

Dispone la norma en cita:

Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos:

[...]

16. De los conflictos de competencia en asuntos de familia que se susciten entre defensores de familia, comisarios de familia, notarios e inspectores de policía.

[...] (Subraya la Sala).

De conformidad con la norma transcrita, el juez de familia es el competente para conocer los conflictos de competencias que se susciten, en particular, entre defensores de familia, comisarios de familia, notarios e inspectores de policía, siempre que las autoridades en conflicto se encuentren bajo su jurisdicción por el factor territorial.

Al analizar esa disposición, la Sala considera que el Código General del Proceso (CGP) no modifica ni deroga, en forma expresa o tácita, ninguna de las disposiciones señaladas del CPACA respecto de los conflictos de competencias administrativas, pues, si bien el artículo 21 del CGP confiere a los jueces de familia la función de resolver los conflictos de competencia que se presenten entre las autoridades antes mencionadas, esa competencia no resulta opuesta ni incompatible con lo dispuesto para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y los tribunales administrativos en los artículos 39; 112, numeral 10, y 151, numeral 3º, del CPACA.

Así las cosas, puesto que el artículo 21, numeral 16, del CGP no implica la pérdida de competencia de la Sala para resolver conflictos de competencias administrativas en materia de familia, se concluye que la Sala y los jueces de familia tienen, en este campo, una competencia concurrente y a prevención.

c) El alcance del parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1878 de 2018, frente a la competencia general de la Sala para dirimir los conflictos de competencia que se susciten en actuaciones administrativas reguladas por la Ley 1098 de 2006

La Ley 1878 de 2018 modificó el Libro Primero del Código de la Infancia y la Adolescencia. Para establecer la incidencia de tales modificaciones en la función de dirimir los conflictos de competencia administrativa, asignada a la Sala de Consulta y Servicio Civil, se analizará: (i) el trámite a que se refieren los artículos 99 y 100 de la Ley 1098 de 2006 (modificados por la Ley 1878 de 2018), (ii) los trámites de seguimiento y modificación de las medidas de restablecimiento, de que trata el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, también modificado por la Ley 1878 de 2018, artículo 6, y el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019.

(i) Trámites a los que se refieren los artículos 99 y 100 de la Ley 1098 de 2006, modificados por la Ley 1878 de 2018

El artículo 3 de la Ley 1878 modificó el artículo 99 de la Ley 1098 para precisar aspectos atinentes al auto de apertura y a su contenido, y le adicionó tres párrafos, de los cuales interesa el tercero, conforme al cual:

Parágrafo 3º: En caso de conflicto de competencia entre autoridades administrativas, el proceso de restablecimiento de derechos deberá ser tramitado a prevención por la primera autoridad que tuvo conocimiento del asunto, hasta tanto el juez de familia resuelva el conflicto.

El juez de familia tendrá un término de quince (15) días para resolver el conflicto de competencia que se presente y en caso de no hacerlo incurrirá en causal de mala conducta.

En caso de declararse falta de competencia respecto de quien venía conociendo a prevención, lo actuado conservará plena validez, incluso la resolución que decida el fondo del proceso.

En su tenor literal, el párrafo transcrito parte de la existencia de un conflicto de competencias entre las autoridades administrativas que están llamadas a conocer de los procesos de restablecimiento de derechos, a partir del momento en que les sea puesta en conocimiento la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente, y establece las siguientes medidas, mientras el conflicto se resuelve:

- Configura, como ejercicio de competencia a prevención, las actuaciones que adelante la primera autoridad que conoció del proceso y que debe seguir conociendo mientras se resuelve el conflicto.
- Asigna al juez de familia la competencia para resolver el conflicto de competencias administrativas.
- Confiere plena validez a la actuación y a la decisión, cuando el juez de familia encuentre que la autoridad administrativa que llevó a cabo el procedimiento no era la competente.
- Establece un plazo perentorio (15 días) para que el juez decida, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Las normas del procedimiento administrativo general estatuido en el CPACA se aplican para suplir los vacíos⁸ del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, regulado en ley especial (Código de la Infancia y la Adolescencia).

Por lo que, en tanto el artículo 3 de la Ley 1878, que modificó el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, confirió a los jueces de familia la función de dirimir los conflictos de competencia que puedan presentarse en el trámite regulado por dicha norma, sobre ese punto ya no hay vacío, sino norma especial de aplicación prevalente.

El artículo 99 del código regula la «iniciación de la actuación administrativa», cuyo trámite se consagra de forma inicial en este artículo y continúa desarrollándose en el artículo 100 de la misma normativa, por lo que debe entenderse que el párrafo del artículo 3 de la Ley 1878 cobija ambos artículos.

Significa, entonces, que los conflictos de competencia que se susciten desde el «conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos» hasta la definición de la situación jurídica, «declarando en situación de vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña o adolescente», regulado en los artículos 99 y 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son competencia del juez de familia.

Lo anterior, sin perjuicio de que, por cambios de lugar de domicilio del menor, se llegaren a exceder las limitaciones de jurisdicción territorial del juez de familia, caso en el cual la competencia recaería en el tribunal de lo contencioso administrativo respectivo o en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según el caso.

(ii) Los trámites de seguimiento y modificación de medidas de protección de que trata el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, modificado por la Ley 1878 de 2018, artículo 6, y la Ley 1955 de 2019, artículo 208.

Con relación al seguimiento de las medidas de protección que se imponen en favor de los niños, niñas y adolescentes, debe la Sala hacer las siguientes observaciones:

El artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que no fue modificado por la Ley 1878 de 2018, dispone que «[e]l seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar».

Por su parte, el artículo 103 del citado código, tal como fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018 y, luego, por el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, dispone:

Artículo 103. Carácter transitorio de las medidas de restablecimiento de derechos y de la declaratoria de vulneración. La autoridad administrativa que tenga la competencia del proceso podrá modificar las medidas de restablecimiento de derechos previstas en este Código cuando esté demostrada la alteración de las circunstancias que dieron lugar a ellas. La resolución que así lo disponga se proferirá en audiencia y estará sometida a los mecanismos de oposición

⁸ Confrontar artículo 2, Ley 1437 de 2011.

establecidos para el fallo en el artículo 100 del presente Código, cuando la modificación se genere con posterioridad a dicha actuación.

El auto que fije fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no tendrá recursos.

Cuando el cambio de medida se produzca antes de la audiencia de pruebas y fallo, deberá realizarse mediante auto motivado, notificado por estado, el cual no es susceptible de recurso alguno.

En los procesos donde se declare en situación de vulneración de derechos a los niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa deberá hacer seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, término en el cual determinará si procede el cierre del proceso cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos; el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

En los casos excepcionales que la autoridad administrativa considere que debe superarse el término de seguimiento, deberá prorrogarlo mediante resolución motivada por un término que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento del término de seguimiento inicial. La prórroga deberá notificarse por Estado (*sic*).

El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos con el seguimiento tendrá una duración de dieciocho (18) meses, contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el cierre del proceso por haberse evidenciado con los seguimientos, que la ubicación en medio familiar fue la medida idónea.

Cuando la autoridad administrativa supere los términos establecidos en este artículo sin resolver de fondo la situación jurídica o cuando excedió el término inicial de seguimiento sin emitir la prórroga, perderá competencia de manera inmediata y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que este decida de fondo la situación jurídica en un término no superior a dos (2) meses. Si la autoridad administrativa no remite el expediente, el Director Regional hará la remisión al Juez de Familia.

Con el fin de garantizar una atención con enfoque diferencial, en los casos en que se advierta que un proceso no puede ser definido de fondo en el término máximo establecido, por las situaciones fácticas y probatorias que reposan en el expediente, el ICBF reglamentará un mecanismo para analizar el proceso y darle el aval a la autoridad administrativa para la ampliación del término.

Cuando se trata de procesos administrativos de restablecimiento de derechos de niños, niñas, adolescentes y adultos con discapacidad en los cuales se hubiere superado la vulneración de derechos, transitoriamente se continuará con la prestación del servicio de la modalidad de protección cuando se requiera, hasta tanto la entidad correspondiente del Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice la prestación del servicio de acuerdo con sus competencias legales.

En los casos en que se otorgue el aval, la autoridad administrativa emitirá una resolución motivada decretando la ampliación del término y relacionando el acervo documental que soporta esta decisión. (Subrayamos).

Esta norma introduce tres cambios importantes al Código de la Infancia y la Adolescencia, en lo relativo al seguimiento de las medidas de protección o restablecimiento:

a- Dispone que la actividad de seguimiento debe concluir con una decisión que resuelva, de manera definitiva y de fondo, la situación jurídica del niño, niña o adolescente, para lo cual ofrece tres opciones: *a-* decretar «el cierre del proceso cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar **y ya se hubiera superado la vulneración de derechos**»; *b-* ordenar «el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos», o *c-* «la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos».

Debe tenerse presente, en todo caso, que la declaratoria de adoptabilidad, por mandato del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, solo puede ser hecha por el defensor de familia y, con base en el mismo artículo 98, en reiterado criterio de la Sala⁹, tal declaratoria también corresponde al juez de familia cuando sustituya a la autoridad administrativa, por haber operado la pérdida de competencia.

b- Preceptúa que el trámite de seguimiento, hasta la determinación de alguna de las medidas anteriores, debe ser realizado en un plazo de seis meses, prorrogables por otros seis. No obstante, el inciso 8 de la norma citada, adicionado por la Ley 1955 de 2019 (artículo 208), establece la posibilidad de que, en **algunos casos**, previa reglamentación y otorgamiento del aval por parte del ICBF, el término indicado se amplíe.

c- Le asigna la función de seguimiento a la «autoridad administrativa» que tenga la competencia para conocer del respectivo proceso de restablecimiento de derechos, es decir, el defensor de familia, el comisario de familia o el inspector de policía, según el caso, o bien el juez de familia, cuando actúe en remplazo de cualquiera de las autoridades mencionadas que haya perdido la competencia.

La comparación de los artículos 96 y 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia permiten llegar a la conclusión de que la función de seguimiento está a cargo de los defensores de familia, comisarios de familia, inspectores de policía o jueces de familia, según el caso, con la colaboración de los coordinadores de los centros zonales del ICBF. En ejercicio de dicha función, les corresponde: (i) evaluar la eficacia de tales medidas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y (ii) establecer cuál de las medidas enunciadas en la norma debe ser la medida de restablecimiento definitiva.

Todas las autoridades mencionadas tienen el deber de colaborar activa y positivamente en el desarrollo de esta importante tarea, en cumplimiento de los principios de colaboración y coordinación previstos en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política, 6 de la Ley 489 de 1998¹⁰ y 3 del CPACA (Ley 1437 de 2011).

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 11001030600020160000600 del 10 de octubre de 2016, reiterada en estas decisiones: 11001030600020170016700 del 12 de diciembre de 2017 y 11001030600020190001600 del 27 de marzo de 2019, entre otras.

¹⁰ «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.»

En concordancia, el inciso segundo del artículo 11 del Decreto Reglamentario 4840 de 2007¹¹, subrogado por el artículo 2.2.4.9.2.5 del Decreto 1069 de 2015, contempla que es obligación de todas las autoridades mencionadas hacer el seguimiento y evaluación de las medidas transitorias de protección en favor de los niños, niñas y adolescentes.

Advierte la Sala que, así como la Ley 1878 de 2018 reforzó la concurrencia de las autoridades de familia y de los coordinadores de los centros zonales del ICBF en el trámite del seguimiento, y estableció formalidades y términos para su desarrollo, no contempló una disposición especial en materia de conflictos de competencias. En consecuencia, en presencia de dichos conflictos, corresponde a la Sala dirimirlos, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

d) La vigencia de la Ley 1878 de 2018

Corresponde al Congreso de la República hacer las leyes (artículos 150 y 157 de la C.P.), de lo cual se sigue que puede disponer el momento en el cual comenzarán a regir. Por regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el Legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso, determine una fecha diferente¹².

La Ley 4 de 1913, «sobre régimen político y municipal», es plenamente concordante con la normativa constitucional, al disponer que «[l]a ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada», esto es, «insertar la ley en el periódico oficial».

No obstante, el artículo 53 de la misma Ley 4 de 1913 establece una excepción a dicha regla, así:

ARTICULO 53. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes:

1. Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado.

[...] (Se subraya).

Si bien la Ley 1878 de 2018 no estableció una norma precisa relativa a su vigencia, por lo que, en principio, resultaría aplicable la regla general del artículo 52 de la Ley 4, el intérprete no puede pasar por alto que el artículo 13 de la Ley 1878 dispone:

Artículo 13. Los procesos en curso al entrar en vigencia la presente ley, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación:

1. Los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos que no cuenten aún con la definición de la situación jurídica establecida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, deberán ser fallados conforme con la legislación vigente al momento de su apertura. Una vez se encuentre en firme la declaratoria en situación de vulneración o adoptabilidad se continuará el trámite de seguimiento de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

¹¹ Decreto 4840 de 2007 (diciembre 17) «Por el cual se reglamentan los artículos 52, 77, 79, 82, 83, 84, 86, 87, 96, 98, 99, 100, 105, 111 y 205 de la Ley 1098 de 2006».

¹² Sobre el particular, ver sentencia C-215 de 1999 de la Corte Constitucional.

2. Respecto de los procesos que se encuentran con declaratoria en situación de vulneración de derechos, se deberá aplicar lo dispuesto en la presente ley para el seguimiento de las medidas, cuyo término se contará a partir de la expedición de la presente ley.

La norma transcrita alude a la vigencia de la Ley 1878 para hacer un corte respecto de los procesos en curso y fijar las reglas de tránsito de legislación, momento que acaece «*a partir de la expedición*» de esa ley. La manera ambigua y anti-técnica como la ley alude a dos asuntos de capital importancia (la vigencia de la ley y las normas de transición), ameritan que sean dilucidados por la Sala.

En cuanto a lo primero, debe decirse que la expedición de la ley no coincide con el momento de su vigencia. La *expedición* se refiere a la formulación de la materia normativa y la *promulgación* alude a la publicidad de dicho contenido¹³. «En consecuencia, la ley o el acto, aunque se conforman en el momento de su expedición, sólo producen efectos jurídicos desde su promulgación en el Diario Oficial»¹⁴.

Por consiguiente, si se le da un efecto útil al artículo 13 de la Ley 1878 de 2018, en el sentido de que la expresión «*a partir de la expedición*»¹⁵ de esa ley debe entenderse como el inicio de su vigencia, esto es, que el legislador fijó la fecha de su promulgación como el día en que debía «*principiar a regir*» (art. 53 de la Ley 4 de 1913), necesariamente deberá concluirse que si la Ley 1878 fue publicada en el Diario Oficial 50.471 del **9 de enero de 2018**, esta comenzó a regir en esa fecha, y, por lo mismo, desde ese momento comienza a regular las situaciones por ella previstas, en lo que se conoce como efecto general inmediato de la ley.

Así las cosas, a los procesos administrativos de restablecimiento de derechos que se **inicien** a partir del 9 de enero de 2018 se les aplicará, en su integridad, la Ley 1878 de 2018, incluida la regla especial de definición de los conflictos de competencia asignada por el parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1878 de 2018 al juez de familia.

Dilucidado lo anterior, corresponde analizar las reglas de tránsito de legislación dispuestas en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018 para las actuaciones en curso al 9 de enero de 2018.

e) Las reglas de transición previstas en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018

Como ya se indicó, las reglas especiales de tránsito legislativo contenidas en el artículo 13 antes transcrito se refieren expresamente a los «procesos en curso al entrar en vigencia la presente ley», esto es, aquellos en los que, para el 9 de enero de 2018, se hubiera abierto la investigación para la protección de los derechos, en los términos del artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 (original). Para su aplicación, se tienen en cuenta los siguientes elementos:

- Los procesos en los que aún no se hubiera definido la situación jurídica establecida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, deberán ser fallados

¹³ Artículo 119 de la Ley 489 de 1998: «Publicación en el Diario Oficial».

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-306 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Con respecto a la expresión «*a partir de*», la doctrina de la Sala, vertida en el concepto 2360 de 2017, teniendo como base lo dispuesto por el Diccionario de la Lengua Española, significa «[t]omar un hecho, una fecha o cualquier otro antecedente como base para un razonamiento o cómputo» (subrayas añadidas).

conforme a la legislación vigente al momento de su apertura; es decir, situaciones nacidas al amparo de la ley antigua continuarán rigiéndose por ella y no por la ley nueva.

Sin embargo, una vez dictado y ejecutoriado el fallo («declaración en situación de vulnerabilidad o adoptabilidad»), el trámite de seguimiento deberá hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1878 de 2018.

- En los procesos en curso para el 9 de enero de 2018 «que se encuentran con declaratoria en situación de vulneración de derechos», se aplicará la Ley 1878 de 2018, en lo relativo al «seguimiento de las medidas».

En el marco legal descrito, la Sala procede a analizar su competencia y fundamentar la decisión sobre el presunto conflicto de competencias administrativas cuya solución le ha sido demandada.

f) La competencia de la Sala en el caso concreto

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña M.L.G. inició el 6 de abril de 2016, y en esa misma fecha, mediante Resolución núm. 0070, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme de la Regional Bogotá, declaró a la niña en situación de vulneración de derechos y decretó, como medida provisional, «la ubicación en su medio familiar y la constitución de Hogar Gestor con discapacidad» según lo establecido en la Ley 1098 de 2006.

Posteriormente, entró en vigencia la Ley 1878 de 2018 (9 de enero de 2018).

Por lo anterior, según la regla especial de tránsito de legislación, contenida en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018, el seguimiento de las medidas transitorias adoptadas se sujetaría a las reglas introducidas por el artículo 6º *ibidem*.

Como la Ley 1878 de 2018 no se refirió a eventuales conflictos de competencias administrativas en esta fase, la Sala tiene la competencia para dirimir este conflicto, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), se anota que el presente conflicto se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a través del Grupo de Protección de la Regional Bogotá, y el Juzgado 31 de Familia de Bogotá, D.C., autoridad territorialmente desconcentrada¹⁶ e integrante de la Jurisdicción Ordinaria de la Rama Judicial, conforme a lo establecido la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).

Ambas autoridades negaron tener la competencia para conocer del asunto de la referencia.

Por otro lado, el asunto discutido es particular y concreto y de naturaleza administrativa, porque se trata, de la actuación administrativa que defina de fondo la situación jurídica de la niña M.L.G. de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, modificada por las Leyes 1878 de 2018 y 1955 de 2019, así como en las demás normas que resulten aplicables.

¹⁶ La administración de justicia es una función pública que se presta en todo el territorio nacional, de manera desconcentrada y autónoma (artículo 228 de la Constitución Política).

Además, la Sala tiene competencia a prevención en asuntos de familia, según la interpretación que se ha hecho del numeral 16 del artículo 21 del CGP.

En consecuencia, le corresponde conocer del asunto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

2. Términos legales

El inciso final del artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ordena «Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán»¹⁷.

En consecuencia, el procedimiento consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el examen y decisión de los asuntos que se plantean a la Sala, como conflictos negativos o positivos de competencias administrativas, prevé la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas, de manera que no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones.

El mandato legal de suspensión de los términos es armónico y coherente con los artículos 6º de la Constitución Política y 137 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ejercicio de funciones administrativas por autoridades carentes de competencia deviene en causal de anulación de las respectivas actuaciones y decisiones.

Como la suspensión de los términos es propia del procedimiento y no del contenido o alcance de la decisión que deba tomar la Sala, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o comenzarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de esta decisión.

3. Aclaración previa

El artículo 39 del CPACA le asigna a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de definir la autoridad competente para iniciar o continuar un trámite administrativo en concreto. Por tanto, esta Sala no puede pronunciarse sobre el fondo de la solicitud o el derecho que se reclama ante las entidades estatales frente a las cuales se dirime la competencia.

Las posibles alusiones que se hagan a aspectos propios del caso concreto serán las necesarias para establecer las reglas de competencia. No obstante, le corresponde a la autoridad que sea declarada competente, la verificación de las situaciones de hecho y de derecho y la respectiva decisión de fondo sobre la petición de la referencia.

Debe agregarse que la decisión de la Sala sobre la asignación de competencia se fundamenta en los supuestos fácticos puestos a consideración en la solicitud y en los documentos que hacen parte del expediente.

4. Problema jurídico

¹⁷La remisión al artículo 14 del CPACA debe entenderse hecha al artículo 1º de la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

De acuerdo con los antecedentes, se trata de resolver cuál autoridad -Grupo de Protección de la Regional Bogotá del ICBF o el Juzgado 31 de Familia de Bogotá- tiene la competencia para definir la situación jurídica de la niña M.L.G., durante la etapa de seguimiento de las medidas de restablecimiento adoptadas en el correspondiente fallo, conforme a lo dispuesto por el Código de la Infancia y la Adolescencia, modificado por las Leyes 1878 de 2018 y 1955 de 2019.

Sin embargo, al revisar el expediente, surgen dos circunstancias fundamentales que la Sala no puede soslayar, a saber:

- i)* La niña **está en condición de discapacidad**, en atención a que, de acuerdo con los diagnósticos de medicina legal padece «Alergia alimentaria, colitis múltiple, gastritis, esofagitis, duodenitis eosinofílica leve crónica, urticaria crónica, desnutrición crónica leve, ambliopía refractiva y torsión tibial».
- ii)* La situación de precariedad económica en la cual se encontraba su madre requiere una ayuda «ya que mi hija requiere una alimentación, por su discapacidad padece de una enfermedad huérfana».

Este hecho, junto con el descrito en el numeral anterior, motivaron la apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la declaratoria de vulneración de derechos y la imposición de la medida de hogar gestor con discapacidad.

- iii)* la Resolución núm. 4040 del 24 de diciembre de 2018¹⁸, proferida por el defensor de familia del Centro Zonal Usme, por medio de la cual decide inaplicar los incisos 5,6 y 7 del artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, y por tanto mantener la situación de vulneración y prorrogar «**hasta nueva orden**» el proceso administrativo de restablecimiento de derechos junto con la medida de protección adoptada. (Resalta la Sala.)

En este contexto, los problemas jurídicos que la Sala debe resolver, en este caso, consisten en determinar: *i)* ¿Qué efectos tiene la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente a las normas legales que establecen los términos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y señalan, como efecto de su incumplimiento, la pérdida de competencia?; *ii)* ¿la discapacidad de un niño, es, por sí misma, una situación que implique la vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales?, o ¿es una realidad que requiere un trato diferencial por parte del Estado, para lograr, en la medida de lo posible, su rehabilitación y reintegración social?

Para tal efecto, la Sala realizará el análisis de los siguientes aspectos: *i)* el enfoque diferencial, como criterio de interpretación y aplicación de las normas del Código de la Infancia y la Adolescencia; *ii)* La especial protección de las personas en situación de discapacidad en la Constitución y en los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad *iii)* el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, y su desarrollo reglamentario; *iv)* La excepción de inconstitucionalidad: Concepto, efectos y su aplicación en el

¹⁸ «Por medio de la cual se aplica la excepción de inconstitucionalidad y se ordena una prórroga dentro del proceso de restablecimiento de derechos a favor del (la) N.N.A. en condición de discapacidad.

PARD v) generalidades del programa Hogar Gestor con Discapacidad y su desarrollo jurisprudencial; y vi) el caso concreto.

5. Análisis de la normativa aplicable al caso concreto

5.1. El enfoque diferencial, como criterio de interpretación y aplicación de estas normas

Dice el artículo 13 de la Constitución Política:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El primer inciso se refiere a la igualdad formal ante la ley que significa que todas las personas nacen iguales ante la ley y por consiguiente tienen derecho a los mismos trato y protección y a no ser discriminadas por motivo alguno.

El segundo inciso prescribe el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea «real y efectiva». Como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia constitucional desde la sentencia T-432-92, se trata de la igualdad objetiva que parte del reconocimiento de la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, para dar el trato fundamenta la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El inciso tercero consagra la protección especial que el Estado debe prestar a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y consiguiente vulnerabilidad, por razones económicas, físicas o mentales.

Los incisos segundo y tercero, fundamentan en nuestro ordenamiento jurídico, el enfoque diferencial, entendido este como el método de análisis para reconocer, en los grupos poblacionales, las características particulares y los grados de vulneración de sus derechos individuales y colectivos, con el propósito de adoptar medidas y criterios que respondan a esas particularidades y permitan hacer efectivo el goce de sus derechos en condiciones de igualdad material.

Para el caso que ocupa ahora a la Sala, el Código de la Infancia y la Adolescencia expedido con la Ley 1098 de 2006, contempla:

a) La igualdad formal, en el artículo 1º, que se refiere a los niños, niñas y adolescentes, sin distinción alguna, con la finalidad de garantizarles su pleno desarrollo en la familia y en la sociedad, y de prohibir toda discriminación:

ARTÍCULO 1o. FINALIDAD. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

b) El enfoque diferencial, referido expresamente a:

i) los pueblos indígenas y grupos étnicos, en el parágrafo 2º del artículo 3º y en el artículo 13¹⁹;

ii) en perspectiva de género, que en el artículo 12²⁰ es entendida como «el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social»; y

iii) por razón de la discapacidad, en el artículo 36, que se analizará más adelante por cuanto corresponde con el caso concreto.

En vigencia de la Ley 1098 de 2006, el ICBF expidió varias resoluciones aprobatorias de los lineamientos técnico administrativos para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad, con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados²¹, los cuales actualmente están incorporados en el *Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes con sus Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados*, aprobado mediante la Resolución 1526 de 23 de febrero de 2016²², del ICBF, implica que las actuaciones que se adelanten en los diferentes procesos de restablecimiento de derechos deberán ser acordes a las necesidades y características específicas de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

5.2. La especial protección de las personas en situación de discapacidad en la Constitución y en los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad

En la Constitución de 1991 se configura la especial protección de las personas con discapacidad, en las siguientes disposiciones (las negrillas son de la Sala):

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

¹⁹ Artículo 3o. Sujetos titulares de derechos.[...] Parágrafo 2o. En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política. // Artículo 13. DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DEMÁS GRUPOS ÉTNICOS. Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social.

²⁰ ARTÍCULO 12. PERSPECTIVA DE GÉNERO. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad

²¹Resolución número 5929 de 2010 (27 de diciembre), modificada por las Resoluciones 707 de 2011 (febrero 28) , 2850 de 2012 (20 de junio), 1521 de 2015 (marzo 13) y 7155 de 2015 (septiembre 16).

²² Modificado por las Resoluciones núm. 5864 del 22 de junio de 2016, 7959 del 10 de agosto de 2016, 13367 del 23 de diciembre de 2016, 245 del 20 de enero de 2017, 1262 del 2 de marzo de 2017, 7398 del 24 de agosto de 2017, 14612 del 17 de diciembre de 2018 y 10363 del 8 de noviembre de 2019.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.**

Artículo 68 (inciso final) La erradicación del analfabetismo **y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales**, o con capacidades excepcionales, **son obligaciones especiales del Estado.**

Para los efectos de la presente decisión y sin olvidar el aporte de las demás Altas Cortes al tema, interesa hacer mención de la línea jurisprudencial elaborada por la Corte Constitucional - en sede de constitucionalidad y en sede tutela - desde 1992, que de manera reiterada y uniforme desarrolla la especial protección constitucional de las personas con discapacidad, los correlativos deberes del Estado y la sociedad, las acciones concretas que deben adoptarse para el reconocimiento y la integración social de las personas con discapacidad y para garantizarles el goce efectivo y pleno de sus derechos.²³

Como se mencionó atrás, el Estado colombiano es parte y ha ratificado distintos instrumentos internacionales sobre los derechos de la población con discapacidad, los cuales, por reconocer derechos humanos que no pueden ser limitados en los estados de excepción, integran el «bloque de constitucionalidad», con lo cual adquieren prevalencia en el derecho interno.

Brevemente se recuerda que el concepto “bloque de constitucionalidad” se fundamenta especialmente en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, según los cuales:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

²³ Ejemplos recientes: C-149-18 ; C-329-19. También a título de ejemplo, las sentencias C-935-13 sobre el derecho constitucional a la igualdad; la C-458-15 que reitera las sentencias C-478-03 y C-804-09, sobre los deberes del Estado, y la sentencia T-288-95, sobre discriminación negativa y la remoción de las barreras que impiden reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de derechos. / En tutelas, entre las más recientes la Sentencia T-573-16, sobre la importancia del modelo social de discapacidad en el marco internacional de protección de los derechos humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Sentencia T-336/19, que se refiere al principio de subsidiariedad frente a sujetos de especial protección constitucional y la aplicación de un tratamiento diferencial positivo en desarrollo del derecho a la igualdad, y a la protección constitucional especial, el interés superior del menor y la protección de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad en el Proceso de restablecimiento de derechos.

Por lo general se toma la Sentencia C-225-95, como la primera en la cual se estructura el concepto de bloque de constitucionalidad²⁴. En ella se lee:

12- A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado²⁵, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

[...]

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). (La subraya es de la Sala).²⁶

Más adelante, la sentencia C-774-01, se refirió a

²⁴ Con antelación, la Sentencia C-574/92, se había referido al «carácter supraconstitucional del derecho humanitario, así como su automática incorporación al ordenamiento colombiano», y la Sentencia C-295-93, había concluido, con base en el artículo 93 de la Carta, que para que prevalezcan en el orden interno algunos tratados internacionales «...es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción...».

²⁵ [Cita de la Sentencia C-225-95] Sobre esta noción, ver Louis Favoreu "El bloque de constitucionalidad" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No 5 pp 46 y ss. Igualmente Javier Pardo Falcón. El Consejo Constitucional Francés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 115 y ss.

²⁶ Sobre el bloque de constitucionalidad confrontar también: sentencias C-179-94, C-578-95, C-327-97,

[...] que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones, las cuales de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad stricto sensu), o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, representan parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad latu sensu). El conjunto de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad latu sensu, forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control... conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias...

Ahora bien, la Corte Constitucional también se ha ocupado en establecer los instrumentos internacionales que por i) reconocer los derechos humanos y ii) prohibir su limitación en casos de excepción forman parte del bloque de constitucionalidad.

En relación con las personas con discapacidad, aprobados en vigencia de la Constitución de 1991, están:

- La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en Ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999, ratificada por Colombia y aprobada por la Ley 762 de 2002. Esta ley y la Convención fueron declaradas exequibles en la sentencia C-401/03, que en su análisis señaló:

[...] la Corte Constitucional ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.

La Corte ha señalado en este sentido que precisamente el fin perseguido a través de las medidas de diferenciación positiva es el de contrarrestar o si se quiere equilibrar, los efectos negativos que generan las discapacidades en punto a la participación de los discapacitados en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad.

Así las cosas, ha hecho énfasis en que el Estado no sólo debe evitar las eventuales discriminaciones contra esa población con discapacidad, sino que además debe desarrollar políticas específicas, que permitan su rehabilitación e integración social, de tal manera que puedan disfrutar de la vida en sociedad, y en especial puedan gozar de todos los derechos constitucionales. Obviamente, la adopción de este tipo de medidas no puede desconocer otras causas de marginalidad que pueden acompañar una u otra limitación, de la misma manera que ellas no pueden en sí mismas resultar violatorias del derecho de igualdad ni imponerse a las personas con discapacidad en violación de sus derechos[...]

- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, suscrita por Colombia y aprobada por la Ley 1346 de 2009. La sentencia C-293-10 declaró exequibles la ley y la Convención. En el análisis sobre la Convención y los compromisos que de ella derivan, la Corte destacó:

El “interés de la comunidad internacional por la protección y efectiva realización de los derechos de las personas discapacitadas a partir del pleno reconocimiento de su dignidad humana” a la “reformulación y actualización de las normas internacionales respecto del concepto mismo de discapacidad, y a su “propósito de promover las condiciones que hagan posible la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad, tanto la Convención que se revisa como la generalidad de las medidas a cuya implementación se comprometen los Estados partes, tienen el carácter de acciones afirmativas, denominación que, como es sabido, alude a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social.”

Asimismo, sobre los derechos de los niños y niñas en general, hacen parte del bloque de constitucionalidad: Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹⁸; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. También, el Convenio 182 sobre "la prohibición de las peores formas de trabajo infantil".²⁷ (C.C., C-118/06, P.14).

Y, para la protección de derechos de los niños con algún tipo de discapacidad, también son parte del bloque de constitucionalidad: Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la OIT; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas; el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad; El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental; La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, etc.²⁸

Asimismo, el artículo 44 elevó a rango constitucional los derechos de los niños. El mencionado artículo dispone:

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

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-118-06.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-105-05.

El artículo transcrito señala como derechos fundamentales de los niños, además de algunos que enumera, los reconocidos por la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Adicionalmente, establece la prevalencia de los derechos de los niños y, en consecuencia, son catalogados como fundamentales algunos derechos que no son considerados como tal para otras personas. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo, mediante sentencia T-1008 de 2004:

[...]

Es el mismísimo artículo 44 de la Constitución Política, el que ha determinado que los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas y algunos de los que no se entienden fundamentales para las demás personas, lo serán para ellos. Tal artículo de la Carta ha dispuesto expresamente que son derechos constitucionales fundamentales de los niños y, por tanto, protegibles por el juez constitucional, 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; señala además que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La Constitución Colombiana no ha hecho en este sentido nada diferente que reiterar lo que los pactos y tratados internacionales han establecido. De igual manera, cabe recordar, que tales instrumentos del derecho internacional, han sido ratificados por la República de Colombia, y por su materia, se entienden incluidos en el bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Carta Política.

Se observa entonces como los niños en situación de discapacidad se convierten en sujetos de una doble y especial protección por parte de la Constitución y de tratados internacionales aprobadas por Colombia. Así las cosas, procede la Sala a estudiar el desarrollo legal:

5.2.1. Ley 361 de 1997

Se promulgó con el fin de establecer mecanismos de integración social de las «personas con limitación». Para tal efecto, la norma en cita analizó y desarrolló la ejecución de acciones concretas en tres ámbitos: la prevención, educación y rehabilitación.

En cuanto a la prevención, el artículo 7° impuso al Gobierno Nacional el deber de velar por que se lleven a cabo medidas preventivas para disminuir y eliminar las circunstancias que generan limitación. En ese sentido, el mencionado artículo, enfatizó en la ejecución de programas tales como «control pre y post natal, el mejoramiento de las prácticas nutricionales, mejoramiento de las acciones educativas en salud, mejoramiento de los servicios sanitarios, la debida educación en materia de higiene y de seguridad en el hogar, en el trabajo y en el medio ambiente y el control de accidentes».

Por su parte, en relación con la educación, el artículo 10° señaló que corresponde al Estado Colombiano garantizar, en las instituciones educativas públicas, el acceso a la educación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitación, así como una formación integral en un ambiente apropiado de acuerdo con sus necesidades especiales.

Finalmente, el artículo 18 buscó garantizar a «toda persona con limitación» el derecho a desarrollar los programas o procesos necesarios para alcanzar sus

niveles óptimos de funcionamiento psíquico, físico, fisiológico, ocupacional y social.

En virtud de lo anterior, el mencionado artículo, otorgó a los Ministerios de Educación, Salud y Trabajo el deber de crear mecanismos para que las personas con limitación «cuenten con los programas y servicios de rehabilitación integral, en términos de readaptación funcional, rehabilitación profesional y para que en general cuenten con los instrumentos que les permitan autorrealizarse, cambiar la calidad de sus vidas y a intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad».

5.2.2. Ley Estatutaria 1618 de 2013

En cumplimiento de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo propósito es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», en febrero de 2013 fue promulgada la Ley Estatutaria 1618.

La mencionada ley tiene como objeto, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 1°, garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, de acciones afirmativas, de ajustes razonables y de la eliminación de toda forma de discriminación por razón de discapacidad.

Mediante esta disposición se asignaron deberes concretos en relación con la expedición de políticas, acciones y programas que contribuyeran a garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión plena y efectiva.

En ese sentido, la Ley 1618 consignó medidas específicas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, mediante el acompañamiento a las familias, el derecho a la habilitación y rehabilitación, a través de los sistemas de salud, educación y protección social.

Es así como, en cuanto a la articulación del sistema de salud para la concreción y efectivo cumplimiento de los derechos de los niños y niñas con discapacidad, el artículo 7° de la ley en mención dispuso la adopción de medidas concretas desarrolladas por el Gobierno Nacional, los gobiernos departamentales y municipales. Al respecto el precitado artículo señaló:

Artículo 7°. Derechos de los niños y niñas con discapacidad. De acuerdo con la Constitución Política, la Ley de Infancia y Adolescencia, el artículo 7° de la Ley 1346 de 2009, todos los niños y niñas con discapacidad deben gozar plenamente de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. Para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños y niñas con discapacidad, el Gobierno Nacional, los Gobiernos departamentales y municipales, a través de las instancias y organismos responsables, deberán adoptar las siguientes medidas:

1. Integrar a todas las políticas y estrategias de atención y protección de la primera infancia, mecanismos especiales de inclusión para el ejercicio de los derechos de los niños y niñas con discapacidad.

2. Establecer programas de detección precoz de discapacidad y atención temprana para los niños y niñas que durante la primera infancia tengan alto riesgo para adquirir una discapacidad o con discapacidad.

3. Las Direcciones Territoriales de Salud, Seccionales de Salud de cada departamento, distritos y municipios, establecerán programas de apoyo y orientación a madres gestantes de niños o niñas con alto riesgo de adquirir una discapacidad o con discapacidad; que les acompañen en su embarazo, desarrollando propuestas de formación en estimulación intrauterinas, y acompañamiento durante la primera infancia.

4. Todos los Ministerios y entidades del Gobierno Nacional, garantizarán el servicio de habilitación y rehabilitación integral de los niños y niñas con discapacidad de manera que en todo tiempo puedan gozar de sus derechos y estructurar y mantener mecanismos de orientación y apoyo a sus familias.

[...]

Por su parte, el artículo 8° señaló que corresponde a las autoridades, en los niveles nacional, departamental y municipal, integrar a las familias de las personas con discapacidad en la estrategia de rehabilitación basada en la comunidad. El artículo en mención dispuso:

Artículo 8°. Acompañamiento a las familias. Las medidas de inclusión de las personas con discapacidad adoptarán la estrategia de Rehabilitación Basada en la Comunidad (RBC) integrando a sus familias y a su comunidad en todos los campos de la actividad humana, en especial a las familias de bajos recursos, y a las familias de las personas con mayor riesgo de exclusión por su grado de discapacidad, en concordancia con el artículo 23 de Ley 1346 de 2009, para lo cual se adoptarán las siguientes medidas:

1. Las entidades nacionales, departamentales, municipales, distritales y locales competentes, así como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deberán apoyar programas orientados a desarrollar las capacidades de la persona, la familia y la comunidad en el autocuidado y en la identificación de los riesgos que producen discapacidad.

2. Las entidades nacionales, departamentales, municipales, distritales y locales competentes, así como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deberán establecer programas de apoyo y acompañamiento a las familias de las personas con discapacidad, que debe articularse con otras estrategias de inclusión, desarrollo social y de superación de la pobreza.

3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), o el ente que haga sus veces, deberá establecer programas de apoyo y formación a los cuidadores, relacionados con el cuidado de las personas con discapacidad, en alianza con el SENA y demás instancias que integran el sistema nacional de discapacidad.

[...]

Más adelante, el artículo 9° se refirió al efectivo proceso de habilitación y rehabilitación integral al cual tienen derecho las personas con discapacidad, mediante la ejecución de acciones que corresponde adelantar al sistema de salud. Sobre el particular, el artículo en mención preceptuó:

Artículo 9°. Derecho a la habilitación y rehabilitación integral. Todas las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la habilitación y rehabilitación, se implementarán las siguientes acciones:

1. La Comisión de Regulación en Salud (CRES), definirá mecanismos para que el Sistema General de Seguridad Social y Salud (SGSSS) incorpore dentro de los planes de beneficios obligatorios, la cobertura completa de los servicios de

habilitación y rehabilitación integral, a partir de estudios de costo y efectividad que respalden la inclusión. Para la garantía de este derecho se incluirán distintas instituciones como el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Salud y Protección Social, Artesanías de Colombia, el Sena, y los distintos Ministerios según ofrezcan alternativas y opciones terapéuticas.

2. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, asegurará que la prestación de estos servicios se haga con altos estándares de calidad, y sistemas de monitoreo y seguimiento correspondientes.

3. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, definirá, promoverá y visibilizará, en alianza con la Superintendencia Nacional de Salud y otros organismos de control, esquemas de vigilancia, control y sanción a los prestadores de servicios que no cumplan con los lineamientos de calidad o impidan o limiten el acceso a las personas con discapacidad y sus familias.

4. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, asegurará la coordinación y articulación entre los diferentes sectores involucrados en los procesos de habilitación y rehabilitación integral, y entre las entidades del orden nacional y local, para el fortalecimiento de los procesos de habilitación y rehabilitación funcional como insumo de un proceso integral, intersectorial (cultura, educación, recreación, deporte, etc.).

5. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, garantizará que las entidades prestadoras de salud implementen servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su vida digna y su inclusión en la comunidad, evitando su aislamiento.

6. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, implementará servicios nacionales y locales de atención e información a los usuarios con discapacidad y sus familias.

7. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, asegurará que las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, implementen programas y servicios de detección y atención integral temprana de la discapacidad a las características físicas, sensoriales, mentales y otras que puedan producir discapacidad.

8. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, regulará la dotación, fabricación, mantenimiento o distribución de prótesis, y otras ayudas técnicas y tecnológicas, que suplan o compensen las deficiencias de las personas con discapacidad, sin ninguna exclusión, incluidos zapatos ortopédicos, plantillas, sillas de ruedas, medias con gradiente de presión o de descanso y fajas.

9. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, garantizará la rehabilitación funcional de las personas con Discapacidad cuando se haya establecido el procedimiento requerido, sin el pago de cuotas moderadoras o copagos, en concordancia con los artículos 65 y 66 de la Ley 1438 de 2011.

10. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces establecerán los mecanismos tendientes a garantizar la investigación y la prestación de la atención terapéutica requerida integrando ayudas técnicas y tecnológicas a la población con discapacidad múltiple.

Finalmente, el artículo 10 de la presente ley enfatizó en el derecho a la salud que les asiste a todas las personas con discapacidad. Con el fin de lograr el efectivo cumplimiento de ese derecho, corresponde al sistema de salud en los niveles nacional, departamental y municipal la adopción de las siguientes medidas concretas:

Artículo 10. Derecho a la salud. Todas las personas con discapacidad tienen derecho a la salud, en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1346 de 2009. Para esto se adoptarán las siguientes medidas:

1. El Ministerio de Salud y Protección Social, o quien haga sus veces, deberá:

a) Asegurar que el Sistema General de Salud en sus planes obligatorios, Plan Decenal de Salud, Planes Territoriales en Salud, y en el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, garantice la calidad y prestación oportuna de todos los servicios de salud, así como el suministro de todos los servicios y ayudas técnicas de alta y baja complejidad, necesarias para la habilitación y rehabilitación integral en salud de las personas con discapacidad con un enfoque diferencial, y desarrollo de sus actividades básicas cotidianas;

b) Asegurar que los programas de salud pública establezcan acciones de promoción de los derechos de las personas con discapacidad desde la gestación, así como el desarrollo de estrategias de prevención de factores de riesgo asociados a la discapacidad que no afecten la imagen y la dignidad de las personas que ya se encuentran en dicha situación;

c) Asegurar que los programas de salud sexual y reproductiva sean accesibles a las personas con discapacidad;

d) Desarrollar políticas y programas de promoción y prevención en salud mental y atención psicosocial para la sociedad;

e) Promover el sistema de registro de localización y caracterización de las personas con discapacidad y sus familias, e incorporar la variable discapacidad en los demás sistemas de protección social y sus registros administrativos;

f) Asegurar que el Sistema de Prevención y Atención de Desastres y Ayuda Humanitaria, diseñe lineamientos y acciones de atención para asistir en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad en situaciones de desastres y emergencia humanitaria;

g) En el marco del Plan Decenal de Salud adoptará medidas tendientes a prevenir la discapacidad congénita, lesiones y accidentes;

h) Las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, en sus planes de desarrollo de salud y salud pública, incluirán un capítulo en lo relacionado con la discapacidad.

2. Las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud deberán:

a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios;

b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad;

c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante;

d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad;

e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad;

f) Brindar la oportunidad de exámenes médicos que permitan conocer el estado del feto en sus tres primeros meses de embarazo, a madres de alto riesgo, entendiendo por alto riesgo madres o padres con edad cronológica menor a 17 años o mayor a 40 años. Madres o padres con historia clínica de antecedentes hereditarios o en situaciones que el médico tratante lo estime conveniente.

3. La Superintendencia Nacional de Salud, las direcciones territoriales de Salud y los entes de control, deberán estipular indicadores de producción, calidad, gestión e

impacto que permite medir, hacer seguimiento a la prestación de los servicios de salud, a los programas de salud pública y a los planes de beneficios, que se presten y ofrezcan para las personas con discapacidad e incorporar en el Programa de Auditorías para el Mejoramiento de la Calidad (Pamec), los indicadores de discapacidad y de esta forma asegurar la calidad en la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades responsables, y sancionar cualquier acción u omisión que impida o dificulte el acceso de las personas con discapacidad.

La Superintendencia Nacional de Salud, las Secretarías de Salud y los entes de control, deberán asegurar la calidad en la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades responsables, y sancionar cualquier acción u omisión que impida o dificulte el acceso de las personas con discapacidad.

De los artículos transcritos, es claro que la Ley Estatutaria, reconociendo las necesidades diferenciales de las personas con discapacidad, ordenó la articulación, entre otros, del sistema de salud en los niveles nacional, departamental y municipal para realizar acciones concretas que garantizaran su calidad de sujetos de especial protección.

5.3. El Artículo 208 de la Ley 1955 de 2019. (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022) y su desarrollo reglamentario

En el marco de la protección de los derechos de los niños con discapacidad, se encuentra también el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, que estatuye, en lo pertinente:

Artículo 208. Medidas de restablecimiento de derechos y de declaratoria de vulneración. Modifíquese el inciso sexto del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 60 de la Ley 1878 de 2018, y adiciónense los siguientes incisos, así:

[...]

Con el fin de garantizar una atención con enfoque diferencial, en los casos en que se advierta que un proceso no puede ser definido de fondo en el término máximo establecido, por las situaciones fácticas y probatorias que reposan en el expediente, el ICBF reglamentará un mecanismo para analizar el proceso y darle el aval a la autoridad administrativa para la ampliación del término.

Cuando se trata de procesos administrativos de restablecimiento de derechos de niños, niñas, adolescentes y adultos con discapacidad en los cuales se hubiere superado la vulneración de derechos, transitoriamente se continuará con la prestación del servicio de la modalidad de protección cuando se requiera, hasta tanto la entidad correspondiente del Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice la prestación del servicio de acuerdo con sus competencias legales.

En los casos en que se otorgue el aval, la autoridad administrativa emitirá una resolución motivada decretando la ampliación del término y relacionando el acervo documental que soporta esta decisión. (Resaltamos).

El ICBF, mediante el concepto núm. 57 de 2019²⁹, sostuvo que la intención que tuvo el Plan Nacional de Desarrollo, al incluir en su artículo 208 una reforma al artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, modificado, a su turno, por el artículo 6 de la Ley 1878, radicó en la necesidad de ampliar los términos establecidos en la ley

²⁹ Concepto del 30 de septiembre de 2019, en respuesta a una solicitud radicada con el núm. 201920010000084863.

para el PARD (18 meses), en consideración a las condiciones particulares de cada persona, con el fin de garantizar un enfoque diferencial. En este sentido, dijo:

Con la implementación de la Ley 1878 de 2018, se identificaron algunos casos, en los cuales una vez cumplidas las etapas establecidas por el Código de la Infancia y la Adolescencia para la definición de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes en el marco del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, no es posible determinar ni la medida de reintegro al medio familiar y el cierre del proceso, ni la declaratoria de adoptabilidad, toda vez que se requieren acciones de manera conjunta con las autoridades que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para el efectivo restablecimiento de sus derechos, lo cual se sale de la órbita o responsabilidad de las autoridades administrativas. (Subrayas ajenas al texto).

El Instituto agregó que existen muchos casos en los que personas con discapacidad «requieren continuar vinculados a una oferta institucional especializada (rehabilitación, educación inclusiva, etc.)» que actualmente es brindada mediante los programas de protección que ofrece el ICBF.

En todo caso, el ICBF, de acuerdo con el artículo 208 de la Ley 1955, debe continuar prestando la protección especial mientras el Sistema Nacional de Bienestar Familiar asume las medidas o programas que sean necesarios, lo cual depende de la articulación entre el ICBF y las autoridades territoriales, de acuerdo con las previsiones de la Ley Estatutaria 1618 de 2013.

Por mandato, entonces, del artículo 208 de la Ley 1955, inciso 2º, el ICBF mediante la Resolución 11199 de 2019³⁰, reglamentó el mecanismo para otorgar el aval de ampliación del término de seguimiento de los PARD. No obstante, en el párrafo 2º del artículo 2º de la citada Resolución se consagra:

PARÁGRAFO 2o. Este mecanismo no aplica para los casos descritos en el inciso 3³¹ del artículo 208 de la Ley 1955 de 2019; para estos eventos, la autoridad administrativa deberá proferir resolución motivada enunciando la norma citada y explicando que la duración del proceso depende de que la entidad del Sistema Nacional de Bienestar Familiar correspondiente, garantice la prestación del servicio de acuerdo con sus competencias legales.

Ahora, la interpretación de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 208 de la Ley 1955, en armonía con lo señalado en el párrafo 2º ibídem, daría lugar a entender que el ICBF quiso preservar los derechos de los niños con discapacidad que hubieren superado la situación de vulneración de derechos, manteniendo los procesos administrativos de restablecimiento de derechos y, por tanto, «la prestación del servicio de la modalidad de protección», hasta tanto se realizara la articulación con la entidad del SNBF correspondiente. En otras palabras, la interpretación que adopta el ICBF en la Resolución 11199 de 2019, es que no se puede terminar el PARD hasta que no se garantice la respectiva articulación, y otra entidad asuma la prestación del servicio.

³⁰ «Por la cual se reglamenta el mecanismo para dar el aval de ampliación del término de seguimiento de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos (PARD)».

³¹ Cuando se trata de procesos administrativos de restablecimiento de derechos de niños, niñas, adolescentes y adultos con discapacidad en los cuales se hubiere superado la vulneración de derechos, transitoriamente se continuará con la prestación del servicio de la modalidad de protección cuando se requiera, hasta tanto la entidad correspondiente del Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice la prestación del servicio de acuerdo con sus competencias legales.

Al respecto, hay que precisar que, de conformidad con el artículo 205, inciso primero, de la Ley 1098 de 2006, «[e]l Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar» tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal.

El citado inciso primero del artículo 205 fue reglamentado mediante el Decreto 936 de 2013³², el cual tuvo como objeto reorganizar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en cuanto a su integración y funciones, «y desarrollar la función de articulación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar» a cargo del ICBF.

5.3.1. Sistema Nacional de Bienestar Familiar

El Decreto 936 de 2013 «por el cual se reorganiza el sistema nacional de bienestar familiar, se reglamenta el inciso primero del artículo 205 de la ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones» definió el Sistema Nacional de Bienestar Familiar como el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal. Los objetivos del sistema, de acuerdo con el decreto en mención, son los siguientes:

- i) Lograr la protección integral de la primera infancia, la infancia y la adolescencia y promover el fortalecimiento familiar a través de una respuesta articulada y oportuna del Estado bajo el principio de corresponsabilidad con la familia y la sociedad.
- ii) Promover la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas de primera infancia, infancia y adolescencia y fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional y territorial con enfoque diferencial.
- iii) Lograr que la primera infancia, la infancia y la adolescencia y el fortalecimiento familiar sean una prioridad social, política, técnica y financiera en el ámbito nacional y territorial.
- iv) Mejorar el ejercicio de la participación y movilización social en torno a la protección integral de la primera infancia, la infancia, la adolescencia y el fortalecimiento familiar en los niveles nacional y territorial.
- v) Evaluar y hacer seguimiento del estado de realización de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Es importante destacar que en Colombia existen otros sistemas encargados de garantizar también los derechos de los niños, tales como el Sistema Nacional de Educación, Sistema de Protección Social, Sistema de Seguridad Social en Salud y Sistema Judicial. Sin embargo, pueden no ser suficientes para hacer efectivo el cumplimiento de tales derechos y, en consecuencia, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar articularlos con los agentes del Sistema Nacional de Bienestar.

³² «Por el cual se reorganiza el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reglamenta el inciso primero del artículo 205 de la Ley 1098 de 2006 y se dictan otras disposiciones».

Así las cosas, El instituto Colombiano de Bienestar Familiar explicó la forma en la que se articulan los agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF)³³, así:

el Sistema opera a través de instancias que se clasifican en: decisión, operación, desarrollo técnico y participación. El objetivo es gestionar la articulación institucional y lograr la garantía y protección integral de las niñas, niños, adolescentes y familias, en el marco de las políticas públicas que están establecidas para beneficiar a esta población.

Como la máxima instancia de decisión se encuentra el Consejo Nacional de Política Social (CNPS), liderado por el presidente de la República; en la de operación está el Comité Ejecutivo, encargado de planear, coordinar y evaluar la operación del SNBF; en el desarrollo técnico se encuentran las mesas poblacionales, temáticas y los comités, y como instancias de participación, se encuentra la Mesa para la Promoción y Garantía de la Participación de las niñas, niños y adolescentes

A su vez, en el ámbito territorial se encuentran los Consejos Departamentales, Municipales o Distritales de Política Social (CDPS y CMPS), liderados por gobernadores y alcaldes, y son las máximas instancias de decisión, las cuales tienen como propósito, planificar, coordinar y hacer seguimiento a la ejecución de los planes, programas y proyectos que benefician a las niñas, niños, adolescentes y familias.

Por último, las mesas departamentales, municipales y distritales de Infancia, Adolescencia y Familia, denominadas instancias de operación, tienen como misión el fortalecimiento de la acción del SNBF en cada entidad territorial de Colombia. También se encuentran las mesas técnicas del nivel nacional y territorial que, en el caso de tener que abordar asuntos de niñez, deben llevarlos a las instancias de operación en búsqueda de una solución a las problemáticas que se presenten en cada territorio.

Se concluye entonces, que la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es competencia del Estado, la Sociedad y la Familia y se materializa con la implementación de políticas públicas y la ejecución de programas, planes y proyectos de articulación entre los agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

5.4. La excepción de inconstitucionalidad: concepto, efectos y su aplicación al PARD

En primer lugar, debe reconocerse que la Constitución Política no establece directamente una figura llamada «excepción de inconstitucionalidad» (con ese nombre). Sin embargo, tal como lo explican la jurisprudencia y la doctrina, esa *excepción* se deriva de lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política, que señala, en su primer inciso: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de **incompatibilidad** entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, **se aplicarán las disposiciones constitucionales**».

Como se aprecia, la «excepción de inconstitucionalidad» es una consecuencia del mandato de superioridad o prevalencia de las normas constitucionales sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, en la medida en que tal ordenamiento se fundamenta y se estructura, justamente, sobre los preceptos de la Carta Política. De ahí su calificativo de *norma fundamental*.

³³ <https://www.icbf.gov.co/mis-manos-te-enseñan/como-se-articulan-los-agentes-del-sistema-nacional-de-bienestar-familiar-para>.

No obstante, en consideración a: *i*) el deber general que las personas tienen de conocer y respetar las leyes (artículos 4, segundo inciso, 6 y 95 de la Constitución, y 9 del Código Civil); *ii*) la presunción de constitucionalidad de las leyes y demás normas de inferior jerarquía; *iii*) la existencia de un sistema de control abstracto de constitucionalidad de las normas, en cabeza de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado (artículos 237, numeral 2°, y 241 y sig. de la Carta); *iv*) la autonomía del Congreso de la República para expedir las leyes (artículo 150 *ibidem*), y la *libertad de configuración legislativa* que la jurisprudencia constitucional le reconoce, y *v*) el principio de la seguridad jurídica, la excepción de inconstitucionalidad no puede ser un instrumento ordinario, de aplicación masiva y general, para desconocer y no cumplir lo ordenado por el Legislador.

Por el contrario, debe tratarse de una figura excepcional, que se aplique solo cuando no exista otro mecanismo, instrumento o interpretación constitucionalmente plausible de las normas, y cuando la oposición entre la disposición legal (u otra de inferior jerarquía) y uno o varios cánones constitucionales sea clara y evidente, y no responda simplemente a la interpretación ni al criterio subjetivo de quien utiliza este mecanismo.

Es por ello que el artículo 4 de la Carta Política no se refiere simplemente a una contradicción, oposición o antinomia entre la norma constitucional y la de inferior jerarquía, sino a una **incompatibilidad**. El Diccionario de la Lengua Española define este término, en su primera acepción, como «[r]epugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí».

Por lo tanto, debe entenderse que una norma de inferior jerarquía es *incompatible* con una disposición constitucional cuando ambos preceptos **no pueden subsistir y aplicarse al mismo tiempo**, para solucionar determinada situación jurídica. En tal evento, como lo ordena el artículo 4 de la Carta, es indudable que debe aplicarse la norma superior, aunque ello implique dejar de aplicar (total o parcialmente) el dispositivo inferior.

La Sala hace notar que, concebida así, la excepción de inconstitucionalidad constituye, además de lo explicado, una aplicación del principio según el cual, en caso de existir una oposición o antinomia entre dos normas jurídicas de diferente jerarquía, la disposición superior (de cualquier clase) prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat legi inferiori*).

Por el contrario, cuando las dos disposiciones –la superior y la inferior- pueden compatibilizarse, esto es, aplicarse simultáneamente al caso de que se trate, ya sea bajo una interpretación aceptable, o bien mediante la integración de tales preceptos con otras reglas del ordenamiento, el operador jurídico debe cumplir y aplicar ambas normas.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁴ ha definido esta figura como:

[...] una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y

³⁴ Sentencia SU-132 de 2013.

con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Resalta la Sala)

En razón a lo anterior, las autoridades administrativas o judiciales y los particulares que deban aplicar una norma, en un caso concreto, y encuentren que esta es claramente incompatible con la Constitución, pueden, por este mecanismo, exceptuar su aplicación.

No obstante, la excepción de inconstitucionalidad no tiene efectos de cosa juzgada (a menos que se declare en una sentencia o en otra providencia judicial que tenga los mismos efectos), ni tampoco *erga omnes* (frente a todas las personas). Por el contrario, dicha figura produce efectos relativos (en relación con la actuación, decisión o asunto de que se trate) e *inter partes* (con respecto a las personas vinculadas).

Esto implica que: *i) la excepción de inconstitucionalidad no resulta obligatoria o vinculante para cualquier otro funcionario judicial o administrativo que deba conocer posteriormente del mismo asunto, por razón de sus funciones o competencia,* y *ii) la norma que ha sido exceptuada no desaparece del ordenamiento jurídico, ni pierde su vigencia y validez, por lo que puede ser utilizada por cualquier otro operador jurídico.*

En este sentido, vale la pena recordar que, para que una norma sea retirada o expulsada del ordenamiento jurídico en forma definitiva, debe ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional, o nula por el Consejo de Estado, según la clase de disposición de que se trate. En el caso de las leyes, la declaratoria de inexecutable efectuada por la Corte resuelve «en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma es constitucional o no»³⁵.

De hecho, la Corte Constitucional³⁶ ha mencionado que invocar la excepción de inconstitucionalidad «no invade, de ninguna manera, la competencia de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado para decidir de forma definitiva sobre la constitucionalidad de la norma. El respeto de la competencia radica en que la excepción tiene efectos únicamente frente al caso concreto y sólo se puede aplicar en ausencia del pronunciamiento definitivo».

Ahora bien, en relación con la aplicación de este instituto en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, vale la pena recordar que, antes de que se expidiera el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019 (mencionado en el acápite anterior), no existía un mecanismo que permitiera ampliar el tiempo máximo de 18 meses que introdujo el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, ni siquiera en aquellos procesos en los que, por las condiciones particulares del menor de edad, no podían culminarse dentro de dicho plazo. De ahí que algunas autoridades administrativas optaran por inaplicar la norma que establece dicho término, invocando la denominada *excepción de inconstitucionalidad*, en aras de preservar los derechos fundamentales y el interés superior de los niños.

Al respecto, es preciso decir que, en todo caso, la aplicación de esta figura en el marco de los PARD «debe estar sólidamente fundamentada y considerar el interés superior de los niños involucrados, so pena de incurrir en pérdida de competencia;

³⁵ Sentencia C-122 de 2011.

³⁶ Auto 015 del 4 de febrero de 2002, expediente ICC-602. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

circunstancia que sólo se puede determinar a la luz de las circunstancias de cada caso concreto»³⁷.

Esto ocurre cuando se ha demostrado, por ejemplo, que el defensor de familia ha utilizado dicho mecanismo para «justificar» su falta de celeridad en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, o como ocurrió en un caso evaluado por la Corte Constitucional en la sentencia T-336 de 2019, «para reunir material probatorio suficiente para proferir una decisión de fondo». Precisamente, en este caso, la Corte determinó que la ampliación del término, que se dio con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, era contraria al interés superior de la niña. Así lo expresó:

En consecuencia, la decisión de inaplicar la norma que regula la competencia temporal de los Defensores de familia dentro de los PARDs -en este caso concreto- vulneró el debido proceso de la adolescente y su madre por falta de motivación, así como la garantía de los principios de celeridad y eficiencia que deben regir el proceso para procurar la oportunidad de las decisiones respecto del menor de edad. Es decir, que la alegada excepción de inconstitucionalidad, en el *sub lite* no tiene la entidad suficiente para suspender los términos y, por tanto, se declarará la falta de competencia y se remitirá a reparto para que el juez de familia asuma conocimiento.

En el Concepto 04 de 2013, el ICBF explicó que la Corte Constitucional ha determinado una serie de criterios básicos para que opere la figura de la excepción de inconstitucionalidad, con el fin de evitar la discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa en «la aplicación de un mecanismo que tiene el carácter de excepcional, conforme a los hechos concretos de cada caso». En relación con lo anterior, dijo:

Así las cosas, este Honorable Tribunal ha establecido tres criterios fundamentales que han de ser tenidos en cuenta para inaplicar normas que resultaren incompatibles con la Constitución, y que deben ser objeto de motivación en un acto administrativo; i) que se constate que la aplicación de las normas administrativas o legales amenaza o impide la protección de los derechos constitucionales, ii) que no existe vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario y iii) que se deduce claramente de la Constitución la necesidad de garantizar un derecho constitucional.

Ahora bien, el artículo 208 de la Ley 1955 habilitó la posibilidad de la ampliación de los términos perentorios consagrados con la expedición de la Ley 1878 de 2018, «con el fin de garantizar una atención con enfoque diferencial», y consagró que el ICBF debía reglamentar «un mecanismo para analizar el proceso y darle el aval a la autoridad administrativa para la ampliación del término».

Como se advirtió, en desarrollo de este mandato legal, el ICBF expidió la Resolución 11199 del 2 de diciembre de 2019³⁸, que regula todo lo concerniente al mecanismo para otorgar el aval, las funciones del director regional, y los requisitos que debe cumplir el PARD para acceder al aval, entre otros. Uno de estos requisitos, según el artículo 5 de la citada resolución, radica en que «el proceso no puede estar incurso en ninguna de las causales de pérdida de competencia contempladas en la Ley 1098 de 2006, modificada por la Ley 1878 de 2018».

³⁷ Sentencia T 336 de 2019.

³⁸ «Por la cual se reglamenta el mecanismo para dar el aval de ampliación del término de seguimiento de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos (PARD)».

Al expedirse esta resolución, surgió, entonces, la inquietud frente a los procesos en los cuales se había optado previamente por la excepción de inconstitucionalidad, en el sentido de si había lugar o no a solicitar el correspondiente aval. Esta inquietud se planteó mediante solicitud de concepto al ICBF, por parte de la coordinadora de autoridades administrativas de esa entidad, que fue resuelta el 1 de diciembre de 2020, por el jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Dirección General del ICBF, quien indicó:

Siendo la excepción de inconstitucionalidad una herramienta que las autoridades administrativas pueden y deben usar de acuerdo con las características del caso concreto, no sería viable ni constitucional excluir del mecanismo de aval creado por la Resolución 11199 de 2019 un proceso en el cual se haya dado uso de esta figura; sin dejar de mencionar que su aplicación debe estar debidamente fundamentada y consultar en todo momento el interés superior del niño.

Entonces, al realizarse el análisis de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos en el que se utilizó la excepción de inconstitucionalidad, el mecanismo de aval deberá estudiar los requisitos previstos en la Resolución 11199 de 2019, salvo la posible pérdida de competencia por superación del término legal para resolver; pues esto último está cobijado por la excepción invocada en el trámite, la cual, además, está revestida de una presunción de legalidad por estar consignada en un acto administrativo.

Siendo de mencionar, como se advirtió dentro del documento, que es cada autoridad administrativa la que deberá determinar la procedencia de someter el Proceso Administrativo al mencionado mecanismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Resolución 11199 de 2019.

5.5. Generalidades del programa Hogar Gestor con Discapacidad y su desarrollo jurisprudencial

En relación con este asunto, vale la pena recordar, en primer lugar, lo que dispone el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, sobre el derecho de los niños a tener una familia:

Artículo 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación. (Se resalta)

En concordancia con esta disposición, el ICBF ha expedido distintos lineamientos técnicos y administrativos, mediante los cuales ha procurado por el bienestar social de la familia y «la protección ecosistémica» de los niños, al evidenciar la importancia que tiene para su crecimiento y desarrollo integral, la permanencia en el entorno familiar.

De hecho, con base en el artículo 23, numeral 5, de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, el ICBF ha dejado

como última medida de ubicación de un NNA con discapacidad la modalidad de internado, salvo que por «casos extremos de difícil manejo, y previo concepto de un equipo técnico profesional transdisciplinario, y concepto del médico tratante»³⁹, sea necesario su ingreso. Lo anterior, de conformidad con el artículo mencionado, el cual consagra que «[l]os Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar».

Así, los programas de atención del ICBF, que hacen parte de la «modalidad de apoyo y fortalecimiento a la familia»⁴⁰, se encaminan hacia la protección del núcleo familiar, abordando aquellas dificultades que se logran evidenciar en el seno de la familia o la red vincular del NNA, «no asumidos como un problema que hay que eliminar, sino como la situación vital que hay que aprovechar como motor del cambio»⁴¹. (Se destaca).

Para el caso que nos ocupa, resulta oportuno referirse al programa de Hogar Gestor con Discapacidad, que hace parte de la modalidad mencionada, y surge, precisamente, «como una política institucional de desinstitucionalización», y «como una forma de promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes con sus familias de origen [...], por medio del apoyo y fortalecimiento a la familia para la superación de sus condiciones de vulnerabilidad»⁴².

Esto ocurre en aquellos procesos administrativos de restablecimiento de derechos en los que se ha evidenciado que la familia les ofrece el cuidado, afecto y la atención que requieren, pero existen otras circunstancias, por ejemplo, de precaria condición económica, que les impide a los padres garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos.

Se trata, por tanto, de una medida de protección para el restablecimiento de los derechos los niñas, niños y adolescentes con discapacidad, a través de *i)* el acompañamiento psicosocial, y *ii)* el apoyo económico⁴³, cuando este se requiera, «con el fin que la red familiar o vincular, asuma de manera corresponsable la

³⁹ Lineamiento técnico para la atención de niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad, aprobado mediante Resolución Núm. 1516 del 23 de febrero de 2016.

⁴⁰ «Las modalidades de apoyo y fortalecimiento a la familia prestan los servicios de atención en los cuales se ubica provisionalmente a los niños, las niñas y adolescentes, una vez que la autoridad administrativa ha establecido la existencia de situaciones de inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos y se ha determinado que los niños, las niñas y adolescentes pueden permanecer con su familia o red vincular. Para ello se hace necesario que todos sus integrantes se vinculen a un proceso de atención que les permita superar las crisis identificadas, y la familia o red vincular se fortalezca para que pueda ser garante de los derechos de los niños, las niñas o adolescentes.» Lineamiento técnico de modalidades para la atención de niños, niñas, adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados. Aprobado mediante Resolución Núm. 1520 del 23 de febrero de 2016).

⁴¹ Lineamientos técnicos para los Hogares Gestores. Documento ICBF No. LM09.PN13.

⁴² Ídem.

⁴³ «Para el apoyo económico, la autoridad administrativa toma la medida, de acuerdo con el concepto emitido por el equipo técnico interdisciplinario de la autoridad administrativa responsable. Dicho concepto debe reflejar de manera precisa los derechos que se encuentran vulnerados, así como los servicios que requiere la niña, el niño o el adolescente y que van a ser cubiertos con este recurso, de acuerdo con sus necesidades (salud, educación, suplementos nutricionales, medicamentos no cubiertos por el POS, terapias de rehabilitación, desplazamientos a otros servicios, u otros).» (Lineamiento técnico de modalidades para la atención de niños, niñas, adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados. Aprobado mediante Resolución Núm. 1520 del 23 de febrero de 2016).

protección integral y desde la garantía de el “derecho de los niños, niñas adolescentes de tener una familia y no ser separado de ella.”⁴⁴». Este apoyo lleva implícito el compromiso de los padres de mejorar las condiciones económicas para su autosostenimiento.

El Lineamiento técnico de modalidades para la atención de niños, niñas, adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados⁴⁵, consagra que la terminación de la medida de Hogar Gestor se puede dar «independientemente del tiempo de constitución», siempre y cuando al NNA «se le hayan restablecido los derechos» que motivaron a su apertura.

Agrega que le corresponderá al equipo interdisciplinario evaluar la pertinencia en la continuidad, modificación, o terminación de la medida de Hogar Gestor, teniendo en consideración que la decisión que adopte sea la más favorable para los intereses de los niños.

La Corte Constitucional, en varios pronunciamientos⁴⁶, ha insistido en que «el vencimiento del plazo no implica per se la exclusión de los menores de esta medida»⁴⁷. En sentencia T-075 de 2013, estableció que la autoridad administrativa no debe suspender la continuidad en la medida de Hogar Gestor con discapacidad por el solo hecho de haber cumplido con el tiempo dispuesto en el PARD, pues lo importante, en aras de preservar el interés superior del NNA y sus derechos, era la superación de las circunstancias que dieron origen a la medida.

No obstante, en los eventos en los que proceda la finalización⁴⁸ de la medida de restablecimiento de derechos correspondiente a Hogar Gestor con discapacidad, el ICBF, en el lineamiento técnico referido, explica que «la autoridad administrativa deberá realizar gestión de recursos para la atención de la población con discapacidad con las demás entidades que conforman el SNBF para que a través de otros programas institucionales le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos, en concordancia con el artículo 56 de la ley 1098 de 2006». (Subrayado de la Sala)

Lo anterior significa que, independientemente de las circunstancias que motiven a la finalización de la medida, o la terminación del PARD, la vinculación del NNA con discapacidad debe mantenerse «hasta tanto se verifique la posibilidad de la

⁴⁴ Lineamiento técnico de modalidades para la atención de niños, niñas, adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados. Aprobado mediante Resolución Núm. 1520 del 23 de febrero de 2016.

⁴⁵ Aprobado mediante Resolución Núm. 1520 del 23 de febrero de 2016, modificado mediante Resolución No. 5863 de junio 22 de 2016, Resolución No. 7960 de agosto 10 de 2016, Resolución No. 13366 de diciembre 23 de 2016, Resolución No. 244 de enero 20 de 2017, Resolución No. 1261 de marzo 2 de 2017, Resolución No. 7399 de agosto 24 de 2017.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencias T-479 de 2016, T-215 de 2015, T-816 de 2007, T-301 de 2014, y 479 de 2016. En estas providencias la Corte Constitucional se dedicó a amparar los derechos de NNA con discapacidad que fueron vulnerados al ser desvinculados de la modalidad de Hogar Gestor con discapacidad por el cumplimiento del término establecido, y bajo el argumento de que la medida adoptada tenía carácter transitorio.

⁴⁷ Así lo ha expresado la Corte Constitucional en las Sentencias T-608 de 2007 y T-215 de 2015.

⁴⁸ «En los casos en los que exista incumplimiento por parte de los padres, pérdida de contacto sin previo aviso de la familia, o no se presenten los soportes del uso del recurso, la autoridad administrativa tomará medidas para garantizar el adecuado cumplimiento por parte de la familia. Si el incumplimiento persiste, la autoridad administrativa podrá suspender el pago mediante acto administrativo, hasta tanto la familia de cumplimiento a los compromisos establecidos. Esta suspensión no podrá exceder de dos meses o de lo contrario la Autoridad Administrativa deberá definir la continuidad o no en la modalidad de Restablecimiento de Derechos de Hogar Gestor».

autosuficiencia por parte de la familia o de su inclusión ya sea en otro programa, o entidad que le permita brindar el servicio requerido»⁴⁹. (Subrayado de la Sala).

A este respecto, el ICBF, en el Concepto núm. 24 del 2019, menciona que en estos casos resulta imperioso «que la autoridad administrativa realice un análisis fáctico y probatorio del caso específico, identificando si se han agotado todas las etapas procesales, y se ha activado el Sistema Nacional de Bienestar Familiar para obtener un cupo para el niño, niña o adolescentes (sic) con discapacidad en una modalidad que no sea del ICBF».

Cabe destacar que la Sala, en un pronunciamiento previo sobre la terminación de las medidas de restablecimiento de derechos de jóvenes con discapacidad, mayores de 18 años⁵⁰, advirtió que pese a que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos no se podía entender materialmente vigente (por haber alcanzado la mayoría de edad), la terminación del proceso y la cancelación de las medidas de restablecimiento no podían producirse de manera automática, ni tampoco resultaban indefectibles, pues requerían del estudio cuidadoso de la situación por parte de la autoridad que tramitaba el proceso, con el fin de verificar, entre otros asuntos, que la persona no estuviera siendo objeto de un tratamiento médico, psicológico, de rehabilitación o de otro tipo, que no pudiera ser interrumpido sin perjuicio a su dignidad o a sus derechos fundamentales.

Lo anterior, por tratarse de sujetos que, como se ha advertido, gozan de especial protección constitucional.

6. Caso concreto

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de la niña M.L.G. se inició el 6 de abril de 2016.

En esa misma fecha, mediante Resolución núm. 0070, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Usme de la Regional Bogotá, declaró a la niña en situación de vulneración de derechos y decretó, como medida provisional, «la ubicación en su medio familiar y la constitución de Hogar Gestor con discapacidad»

Lo anterior significa que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1878 (9 de enero de 2018, según lo explicado), el proceso administrativo de restablecimiento de derechos contaba con fallo de vulneración de derechos. Por lo anterior, según la regla especial de tránsito de legislación, contenida en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018, el seguimiento de las medidas transitorias adoptadas se sujetaría, en principio, a las reglas introducidas por el artículo 6º *ibidem*.

En esa medida, el defensor de familia, con Auto del 4 de julio de 2018, ordenó «adecuar el presente proceso a la legislación de la Ley 1878 del 2018, en relación en (sic) el seguimiento de la medida de restablecimiento de derechos [...]».

Más adelante, mediante la Resolución núm. 4040 del 24 de diciembre de 2018⁵¹, el defensor de familia decidió dejar de aplicar por inconstitucionales los incisos 5, 6

⁴⁹ Sentencia T-287 de 2018.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación núm. 11001-03-06-000-2019-00141-00, decisión del 30 de abril de 2020.

⁵¹ «Por medio de la cual se aplica la excepción de inconstitucionalidad y se ordena una prórroga dentro del proceso de restablecimiento de derechos a favor del (la) N.N.A. en condición de discapacidad.

y 7 del artículo 6 de la Ley 1878 de 2018, y, por tanto, mantener la situación de vulneración y prorrogar «**hasta nueva orden**» el proceso administrativo de restablecimiento de derechos junto con la medida de protección adoptada, dada la condición de discapacidad de la niña M.L.G. , y que la familia aún no lograba superar las condiciones de precariedad económica.

A efectos de determinar la competencia en el presente conflicto, la Sala considera pertinente reiterar, en primer lugar, los derechos de los niños con discapacidad, y las acciones, medidas o programas que el Estado debe ofrecerles para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, como el derecho a la rehabilitación integral, a la educación especial y a la integración social y familiar, entre otros.

Lo anterior por cuanto la discapacidad no puede ser calificada, hoy en día, como una situación que, por sí misma, suponga una vulneración de los derechos de las personas (mayores o menores de edad). Por el contrario, la normativa analizada en las consideraciones de la presente decisión da cuenta de que las diferentes formas de discapacidad son consideradas una *condición* de algunas personas, que conlleva la necesidad de recibir una protección especial por parte del Estado, precisamente para permitirles y facilitarles el ejercicio de sus derechos, condiciones de igualdad real frente a las otras personas. Debe recordarse que, incluso, con la expedición de la nueva Ley 1996 de 2019, se habilitó la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, para el ejercicio de sus derechos.

En estos términos, podría decirse que la situación de vulneración o amenaza de derechos que motivó a la apertura del programa Hogar Gestor con Discapacidad, observada por el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia, no fue la situación de discapacidad permanente de la niña, sino la condición de precariedad económica en la que se encontraban sus padres, la cual, como se explicó, les impedía seguir cubriendo los tratamientos y demás cuidados especiales (como la alimentación) que requería su hija, dada su condición de discapacidad.

Como se advirtió, la Corte Constitucional ha manifestado que la protección de los niños con discapacidad que se encuentran bajo estas medidas impide que los mismos sean sacados, sin haberse constatado antes el cumplimiento del objetivo por el cual se inició la medida. Por este motivo, independientemente de las circunstancias que motiven la finalización de la medida, o la terminación del PARD, la vinculación de la niña con discapacidad debe mantenerse, «hasta tanto se verifique la posibilidad de la autosuficiencia por parte de la familia o de su inclusión ya sea en otro programa, o entidad que le permita brindar el servicio requerido⁵²».

Lo anterior no obsta para que la situación jurídica de la niña se defina de fondo y en forma definitiva, dado el carácter transitorio de las medidas de restablecimiento, y los términos fijos, precisos y perentorios que establece el Código de la Infancia y la Adolescencia para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

En este punto, es importante recordar que uno de los propósitos principales que motivaron al Congreso de la República para expedir la Ley 1878 de 2018, mediante la cual se reformó el citado Código, fue la necesidad de fijar términos ciertos, claros, determinados y, en lo posible, cortos, para los procesos de

⁵² Sentencia T-287 de 2018.

restablecimiento de derechos, especialmente en la etapa de seguimiento, con el fin de garantizar de manera más eficaz el interés superior y los derechos prevalentes de los niños.

De esta forma, se pretendió evitar lo que ocurría antes de la expedición de dicha ley, cuando el seguimiento de las medidas de restablecimiento impuestas en el fallo se dilataba indefinidamente (al no tener un plazo), y muchas veces no se ejercía, con el resultado de que tales medidas se mantenían vigentes indefinidamente e, incluso, hasta después de que los adolescentes alcanzaban la mayoría de edad, sin que ninguna autoridad monitoreara y verificara sus condiciones reales.

Para corregir esta situación, la Ley 1878 vino a establecer plazos concretos, tanto para el PARD, en general (18 meses), como para cada una de sus etapas: *i)* seis meses, para la etapa inicial, y *ii)* seis meses, prorrogables por otros seis (y, excepcionalmente, por otro tanto, previo «aval» del ICBF), para la etapa de seguimiento.

Ahora bien, independientemente de que el defensor de familia del Centro Zonal Usme haya optado por utilizar el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad para ampliar o suspender los términos del PARD, y mantener su competencia, con el fin de proteger los derechos de la niña, los efectos relativos e *inter partes* de esta figura impiden que dicha decisión pueda considerarse obligatoria o vinculante para las demás autoridades administrativas o judiciales que, posteriormente, deban revisar las actuaciones del defensor de familia, o adoptar otras decisiones en el curso del procedimiento administrativo, inclusive, para resolver los conflictos de competencia que puedan presentarse en desarrollo de aquel.

En ese sentido, dados los citados efectos de la excepción, debe concluirse que las normas legales que señalan los plazos del PARD y establecen, como consecuencia de su vencimiento, la pérdida de competencia, continúan vigentes en el ordenamiento jurídico, y siguen siendo obligatorias para todas las autoridades y los particulares.

Es importante recordar que el vencimiento de los plazos previstos en la ley para el trámite del PARD conlleva, como efecto, la pérdida de competencia de la autoridad (administrativa o judicial) que lo venía conociendo, pero, de ninguna manera, la terminación del proceso administrativo ni, mucho menos, la cancelación o el levantamiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas. Por ende, la autoridad que debe asumir el conocimiento recibe la actuación en el estado en que se encuentre, y le corresponde seguirla tramitando, hasta dictar la decisión que sea procedente sobre la situación jurídica del niño o adolescente involucrado.

Entonces, la Sala destaca que los servicios especiales de protección que el ICBF, como rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, le viene prestando a la niña M.L.G., en virtud de su condición de discapacidad, debe seguirlos proveyendo, hasta tanto realice la articulación con otra de las entidades públicas que forman parte de dicho Sistema, de manera que se garantice la continuidad en la prestación del servicio requerido.

Esta conclusión, expresada de forma similar por la defensora de familia del Grupo de Protección del ICBF, en los alegatos presentados durante el trámite del presente conflicto, se fundamenta en el enfoque diferencial que ha sido expuesto,

así como en lo dispuesto por el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, en armonía con los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009), 7, 9 y siguientes de la Ley (estatutaria) 1618 de 2013, y 36 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Así lo manifestó, incluso: «De igual manera, se explica que, la remisión del PARD, de la niña M.L.G. al despacho judicial, no afecta su proceso de atención, y en consecuencia su rehabilitación, la cual continúa garantizándose por parte del ICBF, independientemente de la autoridad que conozca el caso; pero si busca obtener la definición de la situación jurídica de la niña y evitar la dilación injustificada del restablecimiento de derechos [...]».

Para estos efectos, la Sala declarará competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, por corresponder al lugar en que se encuentra ubicada la niña.

Dicha competencia debe entenderse sin perjuicio de la que le corresponde al Juzgado 31 de Familia de Bogotá para resolver de fondo y en forma definitiva la situación jurídica de la niña M.L.G., y para dar por terminado, en consecuencia, el respectivo proceso administrativo de restablecimiento de derechos, según lo dispuesto en el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Lo anterior, teniendo en cuenta la interpretación que adoptó el ICBF en Resolución 11199 de 2019 (art. 2º, párrafo 2º), en cuanto al inciso 2º del artículo 208 de la Ley 1955 sobre la vigencia del PARD, hasta tanto se garantice la articulación con el Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Lo anterior significa que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá continuar prestando los servicios especiales que la niña requiera, dada su discapacidad permanente y la situación económica de su familia, hasta que la atención de la niña sea asumida por otra de las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR competente al Juzgado 31 de Familia de Bogotá para seguir conociendo del PARD y para definir de fondo, en la forma en que lo considere procedente, la situación jurídica de la niña M.L.G., conforme a lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 6 de la Ley 1878 de 2018 y por el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, para lo cual deberá actuar en coordinación con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como se indicará en el numeral siguiente.

SEGUNDO: DECLARAR competente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Regional Bogotá, para que en coordinación con la autoridad judicial declarada competente: *i)* continúe prestando el servicio integral que requiere la niña M.L.G., teniendo en cuenta su discapacidad y la situación económica de su familia; *ii)* efectúe la articulación con la entidad pública que corresponda del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que esta continúe con la atención requerida por la niña, y *iii)* le comunique a la misma autoridad judicial el resultado de la gestión de articulación que haya adelantado.

TERCERO: ENVIAR el expediente al Juzgado 31 de Familia de Bogotá, para los fines indicados en el numeral primero anterior.

CUARTO: ENVIAR copia del expediente a la Dirección Regional Bogotá del ICBF, para los efectos indicados en el numeral primero anterior.

QUINTO: COMUNICAR la presente decisión a la Defensoría de Familia del ICBF, Grupo de Protección, Regional Bogotá; a la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Usme, Regional Bogotá; a la Dirección Regional del ICBF en Bogotá; al Juzgado 31 de Familia de Bogotá; a la señora G.A.G.G. madre de la niña

SEXTO: ADVERTIR que contra la presente decisión no procede recurso alguno, como lo dispone expresamente el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

SÉPTIMO: ADVERTIR que los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La presente decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado
Con aclaración de voto

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

ACLARACIÓN DE VOTO / PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS ADELANTADO EN FAVOR DE UN NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD –

Excepción de inconstitucionalidad para garantizar la continuidad de una medida de protección / MENOR DE EDAD EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Sujeto con doble protección constitucional

Como la Ley 1878 de 2018 fijó un término improrrogable de 18 meses «contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa» para los procedimientos administrativos en mención, incluida su etapa de seguimiento, la defensoría de familia acudió a la excepción de inconstitucionalidad con el propósito de evitar la suspensión o terminación de la medida de protección, y en el entendido de que tendría como efecto la suspensión del término fijado por la Ley 1878. Aclaro mi voto en relación con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por cuanto en el caso concreto la medida de protección cuya continuidad se buscó garantizar había sido impuesta en favor de un menor en condición de discapacidad, por lo cual se trata de un sujeto con doble protección constitucional: i) por ser menor; y ii) por su condición de discapacidad. Esa doble protección, además, se circunscribe a los derechos fundamentales de estas personas, que son prevalentes por disposición del artículo 44 de la Carta, y que obligan al Estado a brindarles protección especial dada su vulnerabilidad por razones físicas o mentales, según lo dispuesto en el artículo 13, inciso tercero, de la Carta. Por consiguiente, en la decisión de la Sala hizo falta profundizar sobre la necesidad y oportunidad de la decisión de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, y sus consecuencias, en el caso concreto. [...] La excepción de inconstitucionalidad para garantizar la continuidad de la medida de protección, en el caso concreto, configuró una acción afirmativa –o de discriminación positiva [...].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2021-00009-00(C)

Actor: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) – REGIONAL BOGOTÁ – DEFENSORÍA DE FAMILIA DEL GRUPO DE PROTECCIÓN

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, aclaro mi voto respecto de la decisión de fecha 20 de mayo de 2021 que resolvió el conflicto de competencias de la referencia.

El caso concreto se refiere a un procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos abierto en favor de una menor en condición de discapacidad, en el cual se tomó como medida de protección su vinculación y la de su familia nuclear al programa Hogar Gestor del ICBF y se inició el seguimiento que implicó la continuidad de la medida de protección.

Como la Ley 1878 de 2018 fijó un término improrrogable de 18 meses «contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa» para los procedimientos administrativos en mención, incluida su etapa de seguimiento, la defensoría de familia acudió a la excepción de inconstitucionalidad con el propósito de evitar la suspensión o terminación de la medida de protección, y en el entendido de que tendría como efecto la suspensión del término fijado por la Ley 1878.

Aclaro mi voto en relación con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por cuanto en el caso concreto la medida de protección cuya continuidad se buscó garantizar había sido impuesta en favor de un menor en condición de discapacidad, por lo cual se trata de un sujeto con doble protección constitucional: i) por ser menor; y ii) por su condición de discapacidad.

Esa doble protección, además, se circunscribe a los derechos fundamentales de estas personas, que son prevalentes por disposición del artículo 44 de la Carta, y que obligan al Estado a brindarles protección especial dada su vulnerabilidad por razones físicas o mentales, según lo dispuesto en el artículo 13, inciso tercero, de la Carta.

Por consiguiente, en la decisión de la Sala hizo falta profundizar sobre la necesidad y oportunidad de la decisión de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, y sus consecuencias, en el caso concreto. Enuncio, los puntos relevantes y su apoyo en la jurisprudencia constitucional:

1. En relación con los derechos fundamentales, la excepción de inconstitucionalidad está consolidada como el instrumento para su protección y salvaguarda, cuando disposiciones de inferior jerarquía pueden tener como efecto el desconocimiento o la vulneración de tales derechos, inclusive si la norma de inferior jerarquía ha sido declarada exequible o ajustada a la Constitución⁵³.

2. Aplicar la excepción de inconstitucionalidad es una facultad pero también es un deber del servidor público o del particular cuando, en un caso concreto, la aplicación de una norma de inferior jerarquía desconoce o vulnera los derechos fundamentales amparados por la norma constitucional⁵⁴.

3. La excepción de inconstitucionalidad para garantizar la continuidad de la medida de protección, en el caso concreto, configuró una acción afirmativa –o de discriminación positiva–, obligatoria por razón de: i) el interés superior del menor y su protección constitucional; ii) la aplicación del «tratamiento diferencial positivo» en desarrollo del principio de igualdad respecto de sujetos de especial protección constitucional; y iii) las medidas de protección en favor de los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad⁵⁵;

⁵³ En sentencia SU599-19, dijo la Corte Constitucional: «... la Sala Plena modificará la postura presentada en la C-600 de 1998, para en su lugar, entender que la inaplicación de una norma, mediante la excepción de inconstitucionalidad, podrá utilizarse como el mecanismo para salvaguardar derechos fundamentales cuando se esté haciendo un control concreto, pese a existir una sentencia de constitucionalidad previa en la que se haya realizado el control abstracto de la misma, con el objetivo de determinar sobre su exequibilidad, y la decisión haya transitado a cosa juzgada. Lo anterior, en aras de hacer prevalecer ante cualquier circunstancia una interpretación y aplicación normativa conforme a la Constitución Política y la garantía de los derechos fundamentales».

⁵⁴ Por vía de ejemplo, las sentencias T-318-97, T-808-07, T-389-09, T-117-19; T-142/19 (excepción de inconstitucionalidad del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

⁵⁵ Por vía de ejemplo, sentencia T-1015-05.

4. La Oficina Asesora Jurídica del ICBF, en el concepto 24 del 14 de marzo de 2019, con fundamento en las sentencias T-287-18 y T-081-16, había sugerido la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad para «garantizar los derechos de los niños, niñas o adolescentes con discapacidad» y adelantar evaluaciones periódicas mientras se articulaba, dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar –sectores de salud, educación y el ente territorial correspondiente–, la atención requerida, por manera de poder cerrar el respectivo PARD⁵⁶.

Fecha ut supra

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

⁵⁶ Meses después, la posición de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF aparece recogida en el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019, a partir del cual, como lo dice la Sala, deja de ser necesaria la excepción de inconstitucionalidad como instrumento jurídico de garantía de continuidad de las medidas de protección por razón de la discapacidad.