

VIVIANA ANDREA GUEVARA VALBUENA

**EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS MENORES
DE EDAD: DÉFICIT DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

**(Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en
Derecho Procesal 2016 – 2017)**

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS
EN DERECHO PROCESAL 2016 – 2017

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Secretaria General:	Dra. Marta Hinestrosa Rey
Director Departamento Derecho Procesal:	Dr. Ramiro Bejarano Guzmán
Presidente de la Monografía:	Dr. Ramiro Bejarano Guzmán
Director de la Monografía:	Dr. Fredy Toscano López
Examinadores:	Dra. María Eugenia Gómez Dr. Jimmy Rojas

*A mis padres y hermano: Jaime, Nancy y Andrew,
quienes son la razón de mí existir.*

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Jaime y Nancy, por su amor y apoyo incondicional.

A mi novio Camilo, por haber decidido acompañarme en el propósito de ser Magister.

Al doctor Néstor Arturo Méndez Pérez, por sus aportes académicos.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	VII
1. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS COMO DERECHOS PREVALENTES	1
1.1 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL PLANO INTERNACIONAL	2
1.2 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	4
1.3 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL ÁMBITO JUDICIAL.....	8
1.3.1 Principio de protección integral.	9
1.3.2 Principios de interés superior del niño y de prevalencia de sus derechos.....	10
2. EL ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	15
2.1 PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN.....	17
2.2 IGUALDAD	18
2.3 PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL.....	21
3. GARANTÍAS PROCESALES DE ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS MENORES EN COLOMBIA.....	27
3.1 PROCESO PENAL.....	27
3.2 PROCESOS CIVILES Y DE FAMILIA.....	30
3.3 PROCESO LABORAL	32
4. EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS MENORES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ..	33
4.1 CASO: INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – CONCILIACIÓN PREJUDICIAL.....	34
4.2 CASO: DESISTIMIENTO TÁCITO DE LA DEMANDA.....	35
4.3 CASO: CONGRUENCIA ENTRE LA DEMANDA Y LA SENTENCIA .	36
4.4 CASO: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL.....	36

4.5 CASO: LIMITES A LA COMPETENCIA DEL <i>AD QUEM</i>	37
5. NECESIDAD DE ESTABLECER UN MARCO NORMATIVO CON ENFOQUE DIFERENCIAL	39
6. CONCLUSIÓN.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	49

INTRODUCCIÓN

A partir de diversos instrumentos consolidados en el ordenamiento jurídico internacional, los derechos de los menores de edad han sido objeto de un tratamiento especial que se concreta en su protección reforzada, a través de la implementación de mecanismos que varían de país a país.

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a dichas transformaciones, como lo pone enfáticamente de presente la propia Carta Constitucional, que en su artículo 44 prescribe que “*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”. Mandato reiterado por la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de infancia y adolescencia*”, que, además, lo inscribió expresamente en el marco de los procedimientos judiciales y administrativos, así:

“En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.”

Ahora bien, las garantías implementadas en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de dichas cláusulas constitucional y legal han sido desarrolladas principalmente por vía jurisprudencial.

Ese hecho reviste significativa importancia para el análisis del tema objeto del presente trabajo, pues el desarrollo del derecho por vía jurisprudencial si bien intenta superar las deficiencias del derecho legislado, por su propia vinculación al caso individual resulta generalmente fragmentario, con lo cual las garantías que son objeto de ese tipo de desarrollos resultan insuficientemente servidas. Podría pensarse, en efecto, que al ser el imperativo de prevalencia de los derechos de los menores una norma de rango constitucional, sus efectos se irradian automáticamente a todo el ordenamiento jurídico de manera

estructural y con cubrimiento integral; sin embargo, en la práctica es observable que ello no es así, hallándose por el contrario niveles dispares de efectividad de ese mandato de priorización, desde algunos ámbitos (como el proceso penal, o los procesos civiles y de familia) en que puede reconocerse una robusta protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, hasta espacios que se mantienen prácticamente ajenos al mandato constitucional que se comenta.

Este último es el caso del proceso contencioso administrativo, respecto del que puede demostrarse que generalmente se soslaya el trato especial que los menores ameritan por disposición constitucional. En él, ciertamente, puede observarse regularidades que resultan contrarias a la efectividad del interés superior de los menores. Así, por ejemplo, el sometimiento de los asuntos en los que se reclama reparación a favor de menores de edad al trámite ordinario, cuando deberían ser adelantados y fallados en forma preferente; la inflexibilidad frente al no agotamiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad; la aplicación igualitaria de las reglas de caducidad de la acción, que deja de lado la situación de inferioridad en que se encuentra el menor respecto del ejercicio de sus derechos, dada la necesidad de actuar a través de su representante legal; la operatividad del desistimiento tácito ante la negligencia del abogado que representa sus intereses en el proceso; las decisiones que niegan la reparación integral a los menores de edad como consecuencia de un *petitum* insuficiente que llevaría a infringir el principio de congruencia, y la competencia limitada del juez de segunda instancia.

Como muestran esos ejemplos, el problema se expresa en la aplicación igualitaria de las normas procesales, dejando de lado la condición especial de los menores de edad que, por virtud de los mandatos constitucionales y legales amerita y exige un trato diferenciado. Dicho en otra forma, el problema radica en aplicar a los menores un tratamiento basado en la *igualdad formal*, dejando

de lado la *igualdad material* que, como ha reiterado hasta el cansancio la jurisprudencia de las Altas Cortes, exige que se trate igual a los iguales, pero que a los desiguales se otorgue tratamiento distinto.

Ubicados en este contexto, el presente trabajo busca mostrar –a través de una análisis descriptivo de la normatividad (en sentido amplio, que incluye legislación, doctrina y jurisprudencia) y de las prácticas a ella sujetas, y con referencia a casos concretos- que en Colombia existe un desarrollo deficitario del principio de prevalencia de los derechos del niño, en el ámbito de los procesos judiciales, y, específicamente, en el caso del proceso contencioso administrativo.

El acotamiento del tema al ámbito últimamente señalado obedece a razones fundamentalmente pragmáticas: preferencias profesionales de la autora y facilidad de acceso a materiales relevantes, pero no resulta en modo alguno caprichoso, pues se justifica en términos de suficiencia para el objeto de la investigación: dado que se afirma, *en general*, que la prevalencia de los derechos de los menores se encuentra subdesarrollada en los procesos judiciales colombianos, basta con demostrar que ello ocurre en uno de tales ámbitos procesales para tener por confirmada la hipótesis. De hecho, nos hemos centrado en el procedimiento ordinario contencioso administrativo, y hemos optado por referir a casos que tienen el mismo tipo de pretensión (la de reparación directa) para minimizar las distorsiones que puedan derivar de las diferencias en el objeto del litigio.

Pues bien: para lograr el objetivo propuesto se procederá en primer lugar a presentar el concepto de derechos prevalentes de los menores de edad, a la luz del ordenamiento jurídico que incluye por supuesto –por vía de la integración dispuesta en el artículo 93 constitucional-, diversos instrumentos de derecho internacional. Seguidamente se hará una presentación

principalmente descriptiva de los desarrollos institucionales hechos en diversos campos de nuestra práctica judicial. Hecho lo anterior, y para contrastar, se examinará (con la delimitación ya señalada) el caso del proceso contencioso administrativo, poniendo de presente –respecto de diversos momentos de importancia procesal- la contrariedad de la práctica judicial respecto del mandato constitucional de priorización. Posteriormente se procederá a contrastar la situación hallada con el *deber ser* que imponen la Constitución y el Derecho Internacional en cuanto al rol del juez frente a los derechos de los menores, para finalizar llamando la atención sobre la necesidad de establecer un trato diferencial que permita superar la situación y asegurar la efectiva aplicación de los mandatos constitucionales.

1. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS COMO DERECHOS PREVALENTES

La prevalencia -esto es, el carácter preponderante o dominante- de los derechos de los niños¹ constituye una de las expresiones formales del concepto de interés superior del Niño, que ha sido acuñado para expresar el estatus de superioridad que los ordenamientos jurídicos otorgan a los menores.

Aunque la niñez ha sido objeto de especial consideración en la mayoría de países, puede decirse que es en el pasado reciente cuando se produce el desarrollo de instrumentos y normas específicamente dirigidos a otorgarles un tratamiento especial ya no como mera liberalidad, sino como cumplimiento de obligaciones derivadas del reconocimiento de derechos en cabeza de los niños.

Así lo ha considerado la doctrina al señalar que:

Tras el importantísimo derecho del niño a ser protegido, la identificación y concreción de los derechos de los niños ha sido creciente, pues cabe admitir que no siempre han tenido el mismo grado de reconocimiento y protección como el que han alcanzado en la actualidad, en que se reconoce que el niño es sujeto de derechos propios, que deben ser respetados, y no mero objeto de protección.²

¹ La expresión “niños” se usará en sentido genérico, denotando entonces niños, niñas y adolescentes., y como sinónimo de “menores de edad”. Sin embargo, y aunque no es posible adentrarse en la discusión del asunto sin perder el hilo de este trabajo, es conveniente señalar que en concepto de la autora las deficiencias en la protección de los menores pueden predicarse igualmente del nasciturus. Algo, a este respecto se precisará, con la limitación señalada, en otra parte del trabajo.

² SANTAMARÍA PÉREZ, María Luisa. La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional. 2017. 20 p. Disponible en internet: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_Mar%C3%ADa_Luisa_Santamar%C3%ADa_P%C3%A9rez.pdf?sequence=1

1.1 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL PLANO INTERNACIONAL

El reconocimiento de los derechos de los niños como universales y prevalentes, es el resultado un largo proceso que se fue consolidando con la expedición de importantísimos instrumentos de derecho internacional, dentro de los cuales, se destacan la Declaración de Ginebra³, considerada por la doctrina⁴ como “*la primera carta de derechos de la infancia*”, y que contiene no sólo la proclamación de esos derechos, sino la consagración de los deberes correlativos; y la Declaración de los Derechos del Niño⁵, que exhorta a los Estados a la adopción de medidas legislativas para la garantía de esos derechos, y que prescribe expresamente que

“(e)n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos; una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

No puede dejar de mencionarse que “*dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante*”⁶ en 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁷, en la que se reconoce que los niños son sujetos de

³ Adoptada por la Sociedad de las Naciones en 1924.

⁴ BOFILL, April y COTS, Jordi. La Declaración de Ginebra. Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia, 1999, 11 p. Disponible en internet: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

⁵ NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos del Niño. Disponible en internet: <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

⁶ AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. El principio de interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, vol. 6, núm. 1, 2008, p. 227. ISSN: 0718-0195. Disponible en internet: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>

⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de los niños. Disponible en internet: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/de_rechos.pdf

derechos con capacidad procesal, y se consagran importantes principios como el de protección integral, y, muy especialmente, los de interés superior del niño, y de prevalencia de sus derechos.

Dentro de los aspectos relevantes de la CDN, para los efectos de este trabajo, vale la pena destacar, los siguientes:

- i) El paso del paradigma *de situación irregular* al de *protección integral*, cuya importancia hace evidente la doctrina, así:

“Esta Convención marca un hito importante en el desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia debido a que consagra la prevalencia de la doctrina de la protección integral frente a la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia. Esto implicó la separación de la concepción de patria potestas, que se venía arrastrando desde el derecho romano y que se vio fortalecido por el derecho canónico, al reconocimiento del niño como sujeto de derecho fundamentado en el interés superior del niño como fin de la autoridad parental”⁸.

- ii) La consolidación de verdaderos derechos, oponibles al Estado, en cabeza de los niños, como lo señala la doctrina⁹:

“Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado”.

Como se verá en lo que sigue, las bases sentadas por la CDN, resultan de suma importancia para el propósito de este trabajo.

⁸ CAMPOS GARCÍA, Shirley. La Convención sobre los derechos del niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. 2009. Revista IIDH Vol. 50. 351 p. Disponible en internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>

⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño, 1999. 7 p. Disponible en internet en: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

1.2 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia se emitieron algunas normas inspiradas en el paradigma de la situación irregular y posteriormente, con la ratificación de la Convención sobre derechos de los niños, se expidieron normas fundadas en el paradigma de la protección integral.

Así, la Ley 83 de 1946 que la doctrina¹⁰ identifica como la primera acción estatal específicamente orientada a la protección de los niños en Colombia, es muestra del primer modelo: creó una jurisdicción encargada de brindar asistencia y protección a niños incurso en infracción penal o sumidos en grave estado de abandono o de peligro moral o físico.

Al mismo paradigma responde el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, cuyo propósito se hizo consistir en proteger a menores en situaciones de irregularidad.

Empero, la evolución normativa encuentra su “punto de inflexión” en la ratificación de la Convención sobre derechos de los niños, que se hizo a través de la Ley 12 del 22 de enero de 1991 y se concreta en la Constitución Política adoptada pocos meses después, pues con el artículo 44 *“las relaciones jurídicas de los niños quedaron inmersas en el paradigma de la protección integral, que concibe a los niños como sujetos titulares activos de sus derechos”*¹¹.

¹⁰GUIO CAMARGO, Rosa Elizabeth. La Constitucionalización del Derecho de Infancia y Adolescencia en Colombia. Trabajo de Grado Magíster en Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales, 2011. 45.p. Disponible en internet: <http://bdigital.unal.edu.co/7046/2/06697329.2011.pdf>

¹¹ GUIO CAMARGO. Op. Cit., p 39.

Es así como, para la doctrina,

“El año de 1991 marca un hito especial para la defensa y garantía de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en Colombia: se promulga la Constitución Política en la que se define un nuevo ordenamiento político y jurídico a partir del reconocimiento de la Nación colombiana como un Estado Social de Derecho, y se sanciona la Ley 12 de 1991 mediante la cual se incorpora en la legislación interna la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que establece la forma en la que deben ser tratados y atendidos todos los niños y las niñas del mundo en los diferentes ámbitos de su vida, a partir de su reconocimiento como sujetos de derechos.”¹²

A partir de esos dos importantes sucesos, la Corte Constitucional¹³, pudo anticiparse a la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, y adoptar decisiones en vía de asegurar la protección integral de los niños, dejando sentado que se trata de sujetos de especial protección constitucional.

El Congreso de la República, por su parte, y para adecuar la legislación a los nuevos referentes constitucionales, expidió la Ley 1098 de 2006¹⁴, contentiva del Código de la Infancia y la Adolescencia, que innegablemente constituye el desarrollo de los principios de la Convención sobre los derechos del niño, que hace parte del Bloque de constitucionalidad.

Es importante señalar que a pesar de la muy completa y sólida expresión que esos mandatos hallan en el Código de Infancia y Adolescencia, el legislador ha venido incorporando al ordenamiento nuevas disposiciones en desarrollo de aquellos. Así, por ejemplo la Ley 1154/07 aumentó el término de

¹² UNICEF. Código de la Infancia y la Adolescencia versión comentada. Bogotá, 2007. p.6 Disponible en internet: 2006. p.6 Disponible en internet: <https://unicef.org.co/informes/c%C3%B3digo-de-la-infancia-y-la-adolescencia-versi%C3%B3n-comentada>

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T – 415 de 1998, T – 727 de 1998, C – 092 de 2002 y C – 240 de 2009, entre otras.

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098. (08 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006. No. 46.446.

prescripción de la acción penal para delitos sexuales cometidos en menores de edad a veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad¹⁵; la Ley 1306/09 articula los derechos de los niños con la protección a personas con discapacidad mental¹⁶; la Ley 1346/09 al aprobar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagró la obligación de especial consideración a los menores¹⁷; la Ley 1448/11 estableció la condición de víctimas del conflicto armado para los niños desvinculados de los grupos armados al margen de la Ley¹⁸, y prescribió un enfoque diferencial para las medidas que se les brinde¹⁹; la Ley 1652/13 dispuso procedimientos especiales para la práctica de algunas pruebas en el proceso penal, cuando involucra menores²⁰.

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 1154 (4 de septiembre de 2007). Por la cual se modifica el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2007. No. 46.741. Artículos 1°.

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 1306 (5 de junio de 2009). Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de los incapaces emancipados. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. No. 47.371. Artículos 8°.

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 1346 (31 de julio de 2009). Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. No. 47.427. Artículos 7°.

¹⁸ “Artículo 3. Parágrafo 2°. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad”.

¹⁹ ARTÍCULO 13. ENFOQUE DIFERENCIAL. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque. El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de Derechos Humanos y víctimas de desplazamiento forzado. Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales. Igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.

Se trata de un hecho de importante significación para los efectos de este trabajo porque denota que el proceso de regulación dirigido a garantizar el interés superior de los niños y la prevalencia de sus derechos, es un proceso inacabado y siempre perfectible. Nuestra propuesta se inscribe, precisamente, en esa dirección, ya que después de constatar las insuficiencias normativas en el proceso contencioso administrativo, se hará manifiesta la necesidad de superar ese déficit de protección mediante la adopción de reformas legislativas.

Ese carácter de inacabado, fue advertido por el Comité de los Derechos del Niño²¹, en su observaciones Generales No. 5 y No. 14, al indicar que se requiere un proceso continuo de valoración de los efectos de las disposiciones legislativas sobre los derechos de los niños, para verificar las consecuencias reales de su aplicación²² y evitar así que permanezcan en el ordenamiento jurídico normas que contradigan el interés superior del niño.

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 1652 (12 de julio de 2013). Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2013. No. 48.819.

²¹ Creado por el artículo 43 de la Convención sobre los derechos del niño “[c]on la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención”.

²² NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) 2003. 14 p. Disponible en internet: <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf> y Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 2013. 10 p. Disponible en internet: <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

1.3 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL ÁMBITO JUDICIAL

A partir del conjunto normativo que se deja reseñado, y principalmente de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 constitucional y Ley 1098 de 2006, es posible establecer una serie de principios que han de orientar el tratamiento que tanto en la legislación cuanto en la práctica judicial ha de darse a los menores de edad. Dichos principios, en la medida en que son imperativos jurídicos de obligatoria observancia por parte del Estado, sirven a la vez como criterios de evaluación del nivel de cumplimiento en la materia, y ponen de presente las áreas con desarrollo deficiente.

Esa última funcionalidad resulta de gran importancia, pues, en la medida en que la adecuación de la legislación al interés superior del niño no constituye una mera aspiración política sino un compromiso jurídicamente exigible, permite superar las objeciones que pudieran elevarse contra la propuesta de consagración de medidas afirmativas concretas en favor de los menores en el campo del proceso judicial, pues bastaría responder que, frente al derecho vigente, dichas objeciones no pueden ser admitidas.

Si la Constitución, la Ley y los tratados internacionales obligan a favorecer el interés del menor y les otorgan carácter prevalente a sus derechos, basta con demostrar que una determinada medida sirve a esos fines, para que se encuentre jurídicamente justificada²³.

Pues bien, para el propósito de este trabajo, esos principios –que a la vez orientan y evalúan- son, principalmente los que en seguida se señala, valiéndonos de la consagración expresa que de ellos se hace en el Código de

²³ Sin embargo, y dado que ningún derecho, ni siquiera los de los niños, es absoluto, esta afirmación amerita la realización de un juicio de ponderación, según se señalará más adelante.

la Infancia y la Adolescencia:

1.3.1 Principio de protección integral.

En el artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia,

“[s]e entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”.

Para la doctrina²⁴, este principio no se limita al deber de consagrar derechos y garantías a favor de los menores sino que impone la necesidad de proveer mecanismos para hacerlos efectivos.

Este principio tiene especial relevancia en los procesos judiciales en los que se encuentran involucrados derechos de menores de edad, pues a los funcionarios judiciales compete brindar protección especial a los niños, que garantice su derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, en virtud del enfoque diferencial al que tienen derecho por el interés superior que revisten.

En los términos del artículo 41 Código de la Infancia y la Adolescencia, el Estado en cumplimiento de sus funciones debe: i) garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, ii) Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados, iii) investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados, y iv) resolver con

²⁴ CASIJ, Mariana. La edad de los menores en conflicto con la ley penal. Trabajo de Grado para optar por el título de Abogada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012. 55.p. Disponible en internet: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10051/CasijPenaMariana2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.

1.3.2 Principios de interés superior del niño y de prevalencia de sus derechos.

En el artículo 8° del Código de Infancia y la Adolescencia

“[s]e entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”, y en el artículo 9° ejusdem, se establece que “[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona” y “[e]n caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

Si bien en la práctica puede observarse una cierta confusión de esos principios, es posible encontrar entre ellos una función diferente. Para la doctrina²⁵, el interés superior refiere a la satisfacción integral de todos los derechos de los niños; mientras que la prevalencia se constituye en criterio para decidir los casos de conflicto entre los derechos de los niños y los de los demás²⁶. Es decir, el primero atiende al ámbito sustancial, mientras que el segundo es útil en el proceso decisorio.

Es ese el uso que hace la Corte Constitucional de tales principios, cuando al

²⁵ OSUNA PATIÑO, Néstor; UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos y SILVA FONSECA, Valeria. El régimen constitucional de la infancia: perplejidades del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, en: Cátedra Unesco y Cátedra Infancia: derechos humanos y políticas públicas [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587721720. Disponible en internet: <https://books.openedition.org/uec/266?lang=es#text>

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-090 de 2007, T-968 de 2009, T-582 de 2010, T-572 de 2010, T-844 de 2011 y T-075 de 2013.

referirse al interés superior del niño puntualiza que debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; que debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; que su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; y que la protección del interés debe tender necesariamente a un beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo²⁷.

Y en cuanto al principio de prevalencia, lo ha considerado como una regla general según la cual en caso de conflicto entre los derechos de un menor y los derechos de otra persona (natural o jurídica), se debe preferir la garantía de los derechos del primero²⁸, sin que ello signifique, obviamente, que los derechos de los niños sean absolutos. Sin embargo, en los casos en que deban ser limitados, es exigible una especial carga argumentativa²⁹.

No obstante, se reitera que la línea demarcatoria basada en la distinción sustancial/procesal no resulta suficientemente clara, entre otras cosas debido a que la propia distinción entre esos ámbitos dista de serlo, pues la imbricación de lo procesal y lo sustancial hace recomendable que su separación se limite al campo analítico, sin que pueda pretenderse que en la práctica resulte fácil establecer si una determinada norma, concepto o constitución hace parte exclusivamente de uno de esos ámbitos. Piénsese, para no ir más lejos, en el concepto de *acción* que, siendo básico en la teoría del proceso, constituye un importante derecho *sustancial* de los ciudadanos.

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-953 de 2006.

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-442 de 2009.

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-157 de 2002.

Avanzando, con esas precauciones, en la conceptualización del principio de interés superior del niño, vale la pena señalar que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 14³⁰, le reconoció tres dimensiones:

- a) Como derecho sustantivo, porque el menor tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial para la autoridad judicial o administrativa que tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.
- b) Como un principio jurídico de interpretación, pues en caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación se elegirá la que más beneficie el interés el interés superior del niño.
- c) Como norma de procedimiento, toda vez que la evaluación y determinación del interés superior del niño –necesario para la adopción de decisiones judiciales o administrativas – requiere garantías procesales.

Además, en esta Observación General se precisan obligaciones a cargo de los Estados que suscribieron la Convención sobre los Derechos de los Niños tales como: i) garantizar que se aplique en todas las medidas que se adopten, *especialmente en las de ejecución y en los procedimientos administrativos y judiciales que afecten directa o indirectamente a los niños*, y ii) velar porque todas las *decisiones judiciales* y administrativas, así como las políticas y la legislación relacionadas con los niños hagan expresa su consideración primordial, explicando cómo se ha examinado y evaluado, y la importancia que se le dio en la decisión³¹.

³⁰ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 2013. 4p. Disponible en internet: <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

Y para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, el Comité de los Derechos de los Niños recomendó algunas medidas³², entre las cuales se destacan las siguientes:

- a) Velar porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño se aplique en todas las leyes y en los procedimientos judiciales, como un *derecho sustantivo y una norma de procedimiento*.
- b) Establecer mecanismos con el fin de dar plenos efectos al derecho del niño a que su interés superior se integre debidamente y se aplique de manera sistemática en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos y judiciales relacionados con él o que le afecten.

En suma, se tiene que tanto por definición del constituyente, cuanto por compromisos internacionales del estado Colombiano, existe la obligación de adoptar medidas concretas que hagan efectivo el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, en el ámbito de los procesos judiciales.

Y que, si bien la legislación colombiana se ha movido en dicha dirección, la obligación no culmina, sino que se mantiene en el tiempo. Esa obligación, ya dijimos, impone la necesidad de revisar permanentemente el ordenamiento jurídico a fin de constatar eventuales deficiencias en la materia y de proponer y adoptar los correctivos del caso.

Luego de dejar expuestos los conceptos de interés superior del niño y prevalencia de sus derechos, y de mostrar que su consagración en nuestro ordenamiento constitucional y legal impone obligaciones de ajustar las

³¹ *Ibíd.* 5p.

³² *Ibíd.* 6p.

prácticas judiciales de manera que se garantice la efectividad de esos principios, nos concentraremos en el proceso judicial.

Ese tránsito desde lo abstracto y general a lo concreto y particular hace aconsejable que se realicen algunas precisiones conceptuales sobre el *acceso efectivo a la administración de justicia* (AEAJ, en lo que sigue), por ser éste un concepto que denota con suficiencia cuál es el contenido sustancial que, en el proceso judicial, ha de garantizarse a los menores para hacer realidad los referidos principios, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado.

2. EL ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El AEAJ está consagrado en la Constitución Política, que en su artículo 229 establece escuetamente: “*Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia*”. Tal laconismo fue, sin embargo, prontamente superado por la jurisprudencia³³ y la doctrina que reconocieron el carácter fundamental de ese derecho, entendido como indispensable para la efectividad de todos los demás.

Para la doctrina el AEAJ puede entenderse en un sentido restringido, “*cuando se limita a garantizar el acceso al proceso y a los recursos*”, o en un sentido amplio, cuando “*además de lo anterior comprende el derecho a obtener una decisión judicial de fondo y a que esta sea ejecutada*”.³⁴

Ese sentido amplio del AEAJ es el que ha sido acogido por la Corte Constitucional, cuando indica que

*“hacer efectivo el derecho a la administración de justicia conlleva garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende: (i) la posibilidad de los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, (ii) que éste sea resuelto y, (iii) que se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico y se restablezcan los derechos lesionados”*³⁵.

³³ La Corte Constitucional lo define como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 426 de 2002. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando 2013. Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal. *Revista de Derecho Privado*. 24 (jun. 2013), 237 p. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486>

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 283 de 2013. MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Ahora bien, para hacer efectivo el derecho de AEAJ la Corte Constitucional ha considerado que es necesaria la adopción de normas y medidas que lo garanticen a todas las personas, en especial a las personas en condición de vulnerabilidad, para que tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la ley les proporciona para reclamar sus derechos³⁶.

Y en ello coincide el doctrinante citado, al señalar que:

“(…) al poder legislativo compete el desarrollo de las condiciones bajo las cuales es posible acceder a la Justicia, reglando dos aspectos: 1) La regulación normativa de las “técnicas adecuadas a la efectividad de la tutela jurisdiccional, las cuales no son más que respuesta del Estado a su deber de protección”, y 2) La creación de los procedimientos especiales que permitan una mejor respuesta a las particularidades del derecho material o a las características de sus titulares³⁷.

Pues bien: para que las normas procesales cumplan la finalidad para la que fueron instituidas –garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia en sentido amplio-, la doctrina³⁸ ha considerado que se deben hacer efectivos principios de raigambre constitucional como el de prohibición de indefensión, el de igualdad y el de prevalencia del derecho sustancial, a cada uno de los cuales se hará en seguida una breve mención en particular, dado que, ciertamente, constituyen pilares fundamentales del DAEA .

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Cfr. TOSCANO LÓPEZ, Op. Cit. 251 y 253 p.

³⁸ PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio. La constitucionalización del Proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2013, Vol. 43, No. 119, ISSN 0120-3886, 666 p. Disponible en internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a06.pdf>

2.1 PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN

La Real Academia de la Lengua, en su diccionario del español jurídico, ha definido el término indefensión, en su segunda acepción, referida al campo del derecho, como la *“Situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial”*.

Ese concepto -al que hace expresa alusión el numeral primero del artículo 24 de la Constitución Española, al señalar que *“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*- en Colombia, al decir de Cifuentes Muñoz³⁹, se deduce de una formulación negativa del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, así: *“interdicción efectiva a la indefensión”*.

Para ese autor, la prohibición de indefensión puede infringirse no solo en términos absolutos, sino que tiene también ocurrencia cuando se priva a una persona de algún medio de defensa, aunque cuente con otros, si ello la afecta de manera significativa dentro del proceso. Se trata entonces, de irregularidades que lesionan el derecho de defensa, con la entidad suficiente para comprometer gravemente el procedimiento o los derechos de la parte agraviada⁴⁰.

Por su parte, la Corte Constitucional ha entendido por indefensión *“la ausencia del derecho a alegar y la imposibilidad de defender en juicio los propios*

³⁹ CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia. 1999. 290 p. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1976178.pdf>

⁴⁰ Op. Cit. 291 p.

derechos”⁴¹ y ha establecido algunos supuestos en los que existe indefensión, como:

“i) cuando una persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos, que permitan conjurar la vulneración iusfundamental por parte de un particular, ii) personas que se hallan en situación de marginación social y económica, iii) personas de la tercera edad, iv) discapacitados, y v) menores de edad”⁴².

En ese orden de ideas, esa proscripción de indefensión justifica que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia a las personas que se encuentren en estado de indefensión o vulnerabilidad.

2.2 IGUALDAD

El principio contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, consagra el concepto de igualdad que, a partir de una milenaria formulación aristotélica, ha venido a ocupar un papel central en la dogmática de los derechos fundamentales en nuestro tiempo. Según el Estagirita, *“la justicia es igualdad, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales. Y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁴³.*

La importancia de dicha puntualización se pone de presente al considerar que doctrina y jurisprudencia han reconocido a la igualdad dos dimensiones:

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 426 de 2002. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 438 de 2010. MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Aristóteles. *Política*. Madrid: Editorial Gredos, 1988, p. 174. Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C – 345 de 2019. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- i) Una formal, que se traduce en que la ley debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos y en consecuencia, prohíbe la discriminación a través del establecimiento de tratos desiguales a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.
- ii) Una material, que garantiza la igualdad a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, imponiéndole al Estado el deber de adoptar medidas positivas a su favor.

Ello explica, porque la Corte Constitucional ha entendido que “*el principio de igualdad ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”⁴⁴, con lo que se tiene como ajustado a la Constitución el establecimiento de tratos diferentes.

La determinación concreta de cuándo un determinado trato diferencial es constitucionalmente válido en ese contexto, no es labor fácil, por lo que la Corte Constitucional ha desarrollado al efecto tres instrumentos, a saber⁴⁵:

- i) El test o juicio de razonabilidad, que se desarrolla en tres etapas que buscan determinar: (i) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; (ii) si ese objetivo es válido a la luz de la Constitución; y (iii) si el trato desigual es razonable, es decir, si es o no proporcional con respecto al objetivo perseguido por la norma.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 345 de 2019. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁵ *Ibíd.*

En el juicio de proporcionalidad que debe hacerse en la última etapa se debe establecer que el trato desigual es:

- a) Adecuado para el logro de un fin constitucional
 - b) Necesario o indispensable para la consecución de ese objetivo y,
 - c) Proporcionado en sentido estricto, es decir que el principio satisfecho con el logro de ese fin no sacrifica principios constitucionales más importantes.
- ii) Los escrutinios de distinta intensidad, que identifican tres niveles de intensidad: débil, intermedio y estricto, cuya escogencia es inversamente proporcional a la libertad de configuración del legislador.
- iii) El juicio integrado de igualdad, que fusiona los dos métodos anteriores, en el cual se analizan los elementos del juicio de proporcionalidad pero se le clasifica en tres niveles de intensidad:
- a) El **débil o suave** que se dirige a establecer si la finalidad y el medio utilizado no se encuentran prohibidos por la Constitución y si el medio es idóneo o adecuado para alcanzar el fin propuesto.
 - b) El **intermedio** ordena que el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente. Además, se debe verificar que la medida no sea evidentemente desproporcionada.
 - c) El **estricto o fuerte** evalúa (i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden

o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

Este último ha sido considerado por la Corte Constitucional como la metodología idónea para decidir demandas o casos que plantean una aparente vulneración al principio de igualdad.

En síntesis, no está prohibido el establecimiento de tratos desiguales, siendo que, por el contrario, el Estado está en la obligación de adoptar medidas que garanticen condiciones de igualdad a las personas en condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, de tal manera que las normas que generan tratos diferentes pueden ser constitucionales, dependiendo de si superan el método de evaluación correspondiente.

2.3 PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

El artículo 228 de la Constitución consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial, según el cual en las actuaciones de la administración de justicia se debe dar prevalencia al derecho sustancial, de tal manera que las formalidades no se conviertan en obstáculos injustificados que impidan materializar la justicia⁴⁶.

Para la doctrina⁴⁷ esa primacía del derecho sustancial significa que las formas o procedimientos son medios para la realización de los derechos reconocidos en la norma sustancial, y por esa razón las normas procesales deben aplicarse de forma flexible, para evitar caer en formalismos excesivos o en

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 492 de 2017. M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

⁴⁷ PATIÑO MARIACA, Óp. Cit. 675 p.

interpretaciones literales que hagan nugatorio el derecho que se persigue.

Ahora bien: hay que ser cautos en la comprensión y aplicación de este principio, pues un exceso en su aplicación puede tener consecuencias indeseables para el sistema jurídico. No son extraños los eventos en que se pretende dejar sin efecto toda norma de contenido procesal recurriendo al expediente de tildarla de “*formalista*”. Tal proceder resulta altamente inconveniente, pues pierde de vista que el derecho procesal y las normas procedimentales cumplen una función básica en el Estado de Derecho, cual es la garantía de efectividad del derecho al Debido Proceso.

Tiene razón la doctrina cuando señala que hay que vencer la tendencia a perder de vista el carácter instrumental de las normas jurídicas, pues cuando se deja de lado la finalidad a que se ordena una u otra de ellas parece que nos encontráramos ante puros *requisitos meramente formales*:

“En virtud de esa irrelevancia operativa, la operación normal del derecho lleva al pensamiento jurídico a creer que puede prescindir de esas ideas informes (que pasan a ser vistas como “mitos” o “ideologías”), y entender las formas jurídicas a partir de ellas mismas solamente. (...) Por eso cuando el pensamiento jurídico cree que puede liberarse de esas ideas (...) la forma degenerará en lo que, a falta de una palabra mejor, podemos llamar “ritualismo”: formas que se entienden como solo formas. En este momento esas formas devienen cáscaras vacías o, como diremos en la Tercera Parte, ideas muertas”⁴⁸.

Así, pues, hay que escapar al ritualismo, pero teniendo cuidado de no confundir las reglas procesales con meros rituales. La vía para superar esa apariencia de ritualismo está, entonces, en reparar en las finalidades a que

⁴⁸ ATRIA, Fernando. “*La Forma del Derecho*”, Filosofía y Derecho, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, p.20.

sirven las instituciones procesales y las disposiciones que las regulan (en último término, el debido proceso).

Para resolver la tensión entre el debido proceso y la primacía del derecho sustancial la Corte Constitucional adoptó el concepto de exceso ritual manifiesto, que –señaló- se presenta cuando el juez:

“(i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales”⁴⁹

Cabe anotar que, ese concepto fue acuñado por la Corte Constitucional diez años después de haberse consagrado el principio de primacía del derecho sustancial en la Constitución Política, en la sentencia T-1306 de 2001⁵⁰, al considerar que:

“[L]os jueces deben ser conscientes de la trascendental importancia que tiene el derecho procesal en cuanto a medio garantizador de los derechos materiales dentro del marco de un debido proceso. En consecuencia, el actuar general debe ser guiado por la coexistencia de estas manifestaciones normativas permitiendo que en un marco jurídico preestablecido se solucionen los conflictos de índole material. Sin embargo, si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228). De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la

⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-429 de 2011 y T-363 de 2013.

⁵⁰ En esa ocasión la Corte Suprema de Justicia, a pesar de afirmar que el accionante sí debería gozar del derecho a pensión, según la jurisprudencia unificada de esa Corporación, no casó la sentencia objeto del recurso por falta de técnica de casación. La Corte Constitucional decidió conceder el amparo al considerar que, aun cuando los requisitos formales y técnicos de la casación son constitucionalmente legítimos, en el caso concreto la Corte Suprema de Justicia, tras constatar que efectivamente el actor cumplía con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez decidió no casar la sentencia por razones puramente formales incurriendo en un “exceso ritual manifiesto”.

verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material”.

Queda claro, entonces, que las formas o procedimientos no se pueden convertir en obstáculos insalvables que coarten el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia y con ello se haga ilusorio el derecho material que se persigue.

Pues bien, habiendo puesto de presente la riqueza conceptual que subyace al concepto de AEAJ, debemos preguntarnos, para retomar el objeto de nuestro trabajo: ¿Se garantiza en Colombia el AEAJ a los menores de edad?

Pero antes, se hará una breve digresión -anunciada al comienzo de este trabajo - en referencia al caso del nasciturus:

Señala la Profesora M^a del Carmen Cazorla González-Serrano⁵¹, en reflexión plenamente pertinente para el caso colombiano, que:

“En nuestro ordenamiento jurídico, a partir del último tercio del siglo XX, se ha producido una actividad legislativa dirigida a proporcionar una mayor protección jurídica a los menores de edad. Por el contrario, esta preocupación por atender las necesidades de dichos menores no se ha producido con la misma intensidad a la hora de proporcionar protección a los concebidos no nacidos o nasciturus, lo cual no significa que estos carezcan en nuestro derecho de cierta protección, pero no alcanza a la proporcionada a los menores nacidos”.

Dicho desbalance es también observable en nuestro ordenamiento jurídico, en el que la centralidad del concepto de nasciturus se ha puesto de presente en sede de discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, opacando

⁵¹ GONZÁLES-SERRANO, María del Carmen Cazorla. La Protección Jurídica del Nasciturus en el Ordenamiento Jurídico Español. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. 2 p. ISSN 2255-1824. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6056867.pdf>

otros ámbitos en que la discusión jurídica a propósito de la situación del concebido no nacido resulta pertinente.

Ello, no obstante, es posible constatar que a partir de la disposición contenida en el artículo 53 de la Ley 1564 de 2011 -según el cual el concebido, “*para la defensa de sus derechos*” tiene capacidad para ser parte en un proceso, en el que, conforme al artículo 54 ibídem, comparecerá por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiese nacido- se ha generado alguna polémica de interés en la materia.

Lo anterior, puede entenderse como un importante avance en la defensa del nasciturus, pues con la adopción de esas disposiciones el legislador anticipó su existencia legal como sujeto de derechos.

Frente a esa interpretación puede oponerse, sin embargo, una de signo contrario, según la cual esta disposición limita sus efectos a las materias procesales, pero se mantiene la consideración sustancial del nasciturus bajo la denominada “*teoría de la situación de pendencia*” que, anclada en el artículo 93 del Código Civil, implica que los derechos del no nacido, permanecen en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe.

Queda así planteado un interesante debate (que remite al relativo momento de comienzo de la vida humana, propio de la regulación del aborto y por estos días nuevamente en el centro de discusión de la comunidad jurídica nacional), que se movería entre dos posibles estatus a reconocer al concebido: o bien el de sujeto de derecho, o bien simplemente el de sujeto de protección.

A modo de ilustración se transcribe lo que al respecto expone Giraldo

Jiménez⁵²:

“Lo anterior nos fuerza a concluir entonces, primero, que en la actualidad en Colombia, el marco y la naturaleza jurídica de los sujetos de derecho está dada desde el derecho sustancial y además también desde el derecho procesal (este último como novedad); segundo, que existen hoy en Colombia algunos sujetos de derecho con personalidad como las personas y otros sujetos de derecho sin personalidad como las uniones temporales, los consorcios y los patrimonios autónomos, y, tercero, que existen otros sujetos que más que sujetos de derecho podríamos considerarlos SUJETOS DE PROTECCIÓN (para no confundirse con la noción clásica y tradicional de sujeto de derecho que exige de estos la posibilidad de adquirir obligaciones), como es el caso de los Nasciturus y los animales (estos últimos considerados así por la Ley 1774 de 2016), y los ríos y los bosques considerados así por la jurisprudencia.

“Pues estos últimos sujetos a los que preferimos llamar sujetos de protección más que sujetos de derecho, por ello mismo pueden defender sus derechos acudiendo a un proceso integrando la parte activa en calidad de accionantes sin que tengan necesariamente obligación alguna desde el punto de vista legal y del derecho sustancial y sin que puedan ser demandados en proceso alguno.

“Respecto al Nasciturus, caben entonces dos interpretaciones: una, considerarlo sujeto de derecho porque está incluido dentro de enunciación que hace el referido artículo 53 Ibídem; dos, considerarlo únicamente sujeto de protección, más no sujeto de derecho, puesto que el mismo numeral cuarto advierte o lo limita a lo que tiene que ver con la defensa de sus derechos más no con el cumplimiento de obligaciones; pues sería incluso absurdo que el legislador considerara la posibilidad de que un concebido pudiese adquirir obligaciones aun sin tener certeza de su nacimiento y de su existencia.”.

⁵² GIRALDO JIMENEZ, Edier Adolfo. ¿Nuevos Sujetos de Derecho o Nuevos Sujetos de Protección Jurídica?”. Disponible en <http://www.foroachat.com.co/2019/04/11/nuevos-sujetos-de-derecho-o-nuevos-sujetos-de-proteccion-juridica/>

3. GARANTÍAS PROCESALES DE ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS MENORES EN COLOMBIA

En el presente apartado se mostrará cómo, si bien la legislación colombiana ha incorporado regulaciones que atienden al interés superior del niño en el marco del derecho de AEAJ, las mismas se han concentrado en algunas especialidades, dejando, en contraste, a la vista las deficiencias y vacíos notables en otras áreas. Al mismo tiempo, se busca poner de presente que tanto el legislador cuanto las Altas Cortes han encontrado válida la adopción – en vía de garantizar el derecho de AEAJ de los menores - de medidas similares a las que se considera han de tener cabida en el proceso contencioso administrativo.

3.1 PROCESO PENAL

Tal vez es el proceso penal en el que más fuerte ha sido la incidencia de los principios de interés superior del niño y prevalencia de sus derechos. En él, las garantías procesales de los niños concurren por dos vías: por un lado, las que protegen los derechos de los menores que cometen infracciones penales y, por otro, las que protegen los derechos de los menores víctimas de hechos punibles.

En la primera dirección, el menor es rodeado de una serie de garantías adicionales a las que la Constitución brinda a quienes son acusados de infracción a la ley, siendo importante aquí poner de presente cómo en aras de la efectividad del principio de interés superior del niño se establece un tratamiento excepcional en instituciones procesales: por ejemplo, se prohíben los acuerdos entre la fiscalía y la defensa⁵³, y se proscriben también el

⁵³COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098. (08 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006. No. 46.446. Artículo 157.

juzgamiento en ausencia, de tal manera que si hay acusación el proceso se suspende mientras se logra la comparecencia del menor de edad⁵⁴.

En la segunda - que resulta la de mayor interés para nuestros propósitos, pues muestra cómo el cumplimiento de los compromisos estatales para con los niños exige y justifica la alteración de instituciones procesales que suelen ser vistas como intocables por cuanto son expresión de principios como la seguridad jurídica o la congruencia - es posible encontrar regulaciones especiales como la que otorga trámite preferente a los procesos en los que las víctimas son menores de edad⁵⁵, o la oficiosidad en materia de medidas cautelares para asegurar la reparación integral⁵⁶ (ante la inactividad de los padres o representantes), o la limitada aplicación del principio de oportunidad cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes⁵⁷, o la adopción de medidas especiales para la práctica de testimonio de menores⁵⁸ (que podrían tenerse como limitaciones a los derechos del acusado), o el señalamiento de un término de prescripción de la acción penal, de **veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad**⁵⁹ cuando se trate de delitos contra la integridad, libertad y formación sexual cometidos en menores de edad o del delito de incesto.

⁵⁴ Ibíd. Artículo 158.

⁵⁵ Ibíd. Artículo 193.

⁵⁶ Ibíd. Artículo 197.

⁵⁷ Ibíd. Numerales 3 y 4 Artículo 199.

⁵⁸ Ibíd. Artículo 194.

⁵⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 1154 (4 de septiembre de 2007). Por la cual se modifica el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2007. No. 46.741. Artículos 1°.

Por vía jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia ha instituido tres garantías procesales adicionales:

En primer lugar, ha aceptado que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1652 de 2013⁶⁰ las versiones entregadas por los menores por fuera del juicio oral pueden ser admitidas como prueba de referencia, para evitar su revictimización al tener que comparecer en la fase de juzgamiento a declarar en contra de su agresor⁶¹.

En segundo lugar, ha admitido que la garantía constitucional de que nadie está obligado a declarar en contra de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no es absoluta, especialmente cuando se encuentran comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, y en ese sentido considera que ni siquiera es necesario que el profesional encargado de recibir la declaración le advierta al menor o a quien lo asista sobre esa garantía⁶².

Y en tercer lugar, ha determinado que cuando la víctima del delito sea un menor de edad, el juzgamiento de la conducta penal debe adelantarse ante la jurisdicción ordinaria, aunque el procesado pertenezca a una comunidad indígena, dada la prevalencia del interés superior del menor⁶³.

⁶⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1652. (12 de julio de 2013). Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2013. No. 48.849.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de abril de 2018. MP. Patricia Salazar Cuéllar. AP1453-2018 Radicación n° 44632

⁶² *Ibíd.*

⁶³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 07 de noviembre de 2018. MP. Ariel Salazar Ramírez. STC14530-2018. Radicación n.° 11001-02-04-000-2018-01506-01; Sentencia del 31 de mayo de 2018. MP. Margarita Cabello Blanco. STC7111-2018. Radicación n.° 11001-02-04-000-2018-00411-01

3.2 PROCESOS CIVILES Y DE FAMILIA

En procesos civiles y de familia las disposiciones especiales dirigidas a garantizar los derechos de los niños son innumerables: algunas comunes a procesos en que sea parte un niño como la determinación de la *competencia* por el domicilio del menor⁶⁴.

Igualmente, puede citarse lo relativo al *desistimiento tácito*, que la Corte Suprema de Justicia ha considerado inaplicable en procesos como el de alimentos de menores y en el de ejecución de los mismos⁶⁵, y en el de impugnación de la paternidad o maternidad⁶⁶.

Sobre el particular, dicha Corporación consideró que al decretar el desistimiento tácito y dar por terminado un proceso en el que se debaten los derechos de niños, no solo desconoce sus derechos sustanciales sino también el contenido del literal h) del artículo 317 del Código General del Proceso, en el que se indica claramente que esa figura no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial, y agrega que:

“Con tal disposición, el legislador buscó proteger a las personas que por su condición mental o minoría de edad, no pueden valerse por sí mismas, razón por la que estimó prudente no cobijar los procesos en los que ellas son demandantes y no cuentan con un profesional del derecho que represente sus intereses, con la sanción del desistimiento tácito, pues bajo tales circunstancias

⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012. No. 48.489. Artículo 28, numeral 2.

⁶⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de abril de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC5272-2016 Radicación n.º 70001-22-14-000-2015-00355-01; sentencia del 19 de julio de 2016. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. STC9811-2016. Radicación n.º 88001-22-08-000-2016-00014-01; sentencia del 6 de octubre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC14353-2016. Radicación n.º 68001-22-13-000-2016-00503-01

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC8850-2016. Radicación n.º 05001-22-10-000-2016-00186-01; sentencia del 10 de noviembre de 2016. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. STC16342-2016. Radicación n.º 18001-22-08-002-2016-00202-02.

*les resulta imposible cumplir oportunamente, con la respectiva carga procesal*⁶⁷.

Lo anterior significa que dicha institución procesal no solo es inaplicable en los procesos señalados por la Corte en los que se presente carencia absoluta de apoderado judicial sino en todos en los que el demandante sea un menor de edad y a pesar de contar con un profesional del derecho, éste no represente cabalmente los intereses del menor.

También resulta de mucho interés la disposición contenida en el párrafo 1° del artículo 281 del Código General del Proceso, en el sentido de que:

“En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.”

Y la del inciso 2 del artículo 122 del Código de la Infancia y la Adolescencia que impone la obligación al juez de *“pronunciarse sobre todas las situaciones establecidas en el proceso que comprometan los intereses del niño, la niña o el adolescente, aunque no hubieren sido alegadas por las partes y cuando todas ellas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”*.

Para citar un evento más: en materia de valoración de prueba ilícitamente obtenida, consideró la Corte Suprema de Justicia procedente restringir las garantías constitucionales de las demás personas, para salvaguardar el interés superior del menor, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, exponiendo:

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC8850-2016. Radicación n.º 05001-22-10-000-2016-00186-01

(...) si bien es cierto que las prerrogativas en conflicto tienen la misma jerarquía, también lo es que el constituyente de 1991 consagró la calidad de sujetos de especial protección por parte del Estado para los niños, las niñas y los adolescentes, autorizando la protección integral, el interés superior y la prevalencia de sus derechos respecto de los demás sujetos de derecho, incluidos los de su núcleo familiar, lo cual tiene su fuente en la trascendencia que revisten en la especie, formación con valores indispensables para la existencia, consolidación y desarrollo de los cometidos del Estado y la comunidad, esto es, por intereses superiores⁶⁸.

3.3 PROCESO LABORAL

Para finalizar esta panorámica, es preciso señalar que en materia laboral se han establecido algunas garantías procesales para asuntos que involucren derechos de menores de edad, como la integración oficiosa del contradictorio con la vinculación de los niños en los procesos que pretenden el reconocimiento de pensión de sobrevivientes⁶⁹, o la suspensión de la prescripción extintiva frente a los menores de edad *“mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad o su representante ejerza en su nombre el derecho de acción y en virtud del mismo presente la respectiva demanda”*⁷⁰.

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2016. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. STC12699-2016. Radicación n.º 68001-22-13-000-2016-00463-01

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de julio de 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero. AL2997-2018. Radicación n.º 55308

⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero. SL5177-2018. Radicación n.º 67178

4. EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LOS MENORES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A diferencia de lo que ocurre en los otros procesos judiciales, en el contencioso administrativo no se evidencia un desarrollo siquiera incipiente de medidas procesales tendientes a garantizar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en cabeza de los niños.

Ello, a pesar de que, en los procesos que se tramitan en la jurisdicción, especialmente en los de reparación directa, es bien frecuente que concurren menores de edad como demandantes.

El medio de control de reparación directa es, como se sabe, la vía legalmente indicada para plantear pretensiones que buscan deducir responsabilidad extracontractual en cabeza del Estado, y halla su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, según el cual el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes. Sin ánimo de ser exhaustivos, puede mencionarse como fuentes recurrentes de este tipo de responsabilidad la conducción de vehículos oficiales, la privación injusta de la libertad, las fallas en el servicio médico, los accidentes vehiculares por mal estado de las vías, las fumigaciones con químicos nocivos, etc.-.

Como puede observarse con los ejemplos dados, y considerando que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado líneas de reparación integral, que incluyen el reconocimiento de perjuicios sufridos no solo por las víctimas directas sino por las indirectas (generalmente parientes de aquella), es un hecho frecuente la concurrencia de niños en estos procesos.

Sin embargo, reiteramos, ni por vía legislativa ni a través de la jurisprudencia

se ha establecido un tratamiento especial para esos menores, como debía haber ocurrido en cumplimiento de los deberes del Estado que quedaron expuestos.

De hecho, resulta dicente el siguiente dato: la única mención que a los niños se hace en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) es la que se hace para establecer que los menores, junto con otras personas en condición vulnerable, tienen derecho a que las *autoridades administrativas* (no las judiciales) les dispensen *atención especial y preferente* (artículo 5º).

En el campo jurisprudencial la situación no es mejor. Una somera revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en vía de reparación directa deja ver que, lejos de una dinámica consistentemente dirigida a acompasar el proceso contencioso administrativo con los mandatos constitucionales de prevalencia e interés superior del niño, lo que puede encontrarse son decisiones claramente contrarias al *deber constitucionalmente impuesto* de garantizar el Derecho de AEAJ a los menores de edad, o, en el mejor de los casos, decisiones que –por su alto nivel de indeterminación– ponen de presente la necesidad de incorporar disposiciones legislativas expresas y concretas al procedimiento administrativo.

A título ilustrativo de esa afirmación, considérense las siguientes decisiones de ese alto Tribunal:

4.1 CASO: INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

Como muestra de fallos que dejan de lado cualquier tratamiento diferencial en favor de los niños, se tiene que mediante sentencia de 6 de diciembre de

2017⁷¹, el Consejo de Estado negó la reparación solicitada para una menor de edad, hija de quien había sido privado injustamente de su libertad, basado en el incumplimiento del requisito de conciliación prejudicial en nombre de la niña, a pesar de que se satisfizo respecto del padre y de la madre de la menor.

En esa decisión, se impuso sin ninguna justificación el derecho formal o procedimental sobre el sustancial, pues ese alto Tribunal desechó la verdad jurídica objetiva de que la menor de edad tenía derecho al resarcimiento del perjuicio irrogado con la privación injusta de la libertad de su padre, por la aplicación en exceso rigurosa de la norma procesal, soslayando de esa manera el interés superior de la niña y la prevalencia de sus derechos frente a los de los demás.

4.2 CASO: DESISTIMIENTO TÁCITO DE LA DEMANDA

Del mismo estilo de la anterior providencia, es el fallo del 5 de febrero de 2015⁷², que negó la tutela solicitada por quien demandó en nombre propio y en representación de su esposo (discapacitado) y su hija menor de edad, a quienes se decretó el desistimiento tácito de la demanda por que la apoderada (a la que se ordenó investigar por posible falta a sus deberes) no consignó lo dispuesto por el juzgado de primera instancia para cubrir los gastos del proceso.

Sin consideración especial por los derechos de la menor de edad, el Consejo de Estado respaldó las decisiones adoptadas en el proceso de reparación

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 6 de diciembre de 2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2011-000317-01(48886)

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de febrero de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01640-01(AC)

directa, que simplemente dieron estricta aplicación a las normas procesales que establecen esa sanción.

4.3 CASO: CONGRUENCIA ENTRE LA DEMANDA Y LA SENTENCIA

En sentencia de 14 de septiembre de 2016⁷³ el Consejo de Estado negó a un menor de edad que sufrió una pérdida de su capacidad psicofísica como consecuencia de un accidente en la institución donde estudiaba, el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, arguyendo que no fueron pedidos expresamente en la demanda, por lo que no podían reconocerse sin infringir el principio de congruencia y el de limitación de la competencia del juez de segunda instancia.

Con esa decisión el alto Tribunal desconoció no solo el principio de reparación integral al que alude el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 sino el carácter superior y prevalente de los derechos de un menor de edad discapacitado.

4.4 CASO: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

A veces lo que ocurre es que, aunque se hace un reconocimiento formal y abstracto de los derechos de los niños y su interés superior, en la práctica se niega ese tratamiento especial creando condicionamientos y requisitos inexistentes, como ocurrió en fallo de tutela del 28 de febrero de 2019⁷⁴, en el que el Consejo de Estado tuvo por ajustada a derecho la decisión del Tribunal Administrativo del Valle que declaró la caducidad del medio de control de

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de septiembre de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 68001-23-31-000-1999-02283-01(37994)

⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 28 de febrero de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00542-00(AC)

reparación directa en un caso en que se solicitaba reparación a favor de tres menores de edad por la privación injusta de la libertad de su padre.

El Consejo de Estado denegó el amparo, arguyendo que –aunque por la presencia de niños se impone orientar sus actuaciones a garantizar la prevalencia de sus derechos, flexibilizando incluso los términos legales- tal situación debe corresponder a casos en los que existen y se comprueban circunstancias excepcionales, y que en el caso concreto la representante de los menores no acreditó circunstancia excepcional que le hubiese impedido demandar en tiempo.

Esa decisión en la que se sanciona a unos menores de edad con la caducidad por la inactividad de sus representantes, desconoce su condición de indefensión o vulnerabilidad y el carácter superior y prevalente de sus derechos, por la aplicación estricta de la norma procesal.

4.5 CASO: LIMITES A LA COMPETENCIA DEL *AD QUEM*

En el mismo estilo de la decisión anterior, se inscribe la Sentencia del 9 de febrero de 2017⁷⁵, mediante la cual el Consejo de Estado resuelve una tutela contra una decisión de esa misma Corporación que, en segunda instancia al desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de una de las dos menores de edad demandantes, le reconoció con fundamento en los parámetros fijados por ella misma, la indemnización que en primera instancia se había negado a las dos.

La tutela es solicitada por la no apelante, quien alegó, entre otras cosas, que

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de febrero de 2017. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01591-01(AC)

al momento de producirse la sentencia solo tenía 6 años de edad, por lo que no puede reprochársele que su abogada no haya apelado.

Sin embargo, el Consejo de Estado negó la tutela, arguyendo que, si bien los menores ameritan una especial protección, ella se expresa, precisamente, en la representación legal por parte de los padres y que en este caso fue la representante legal la que decidió cambiar a la abogada que había presentado la demanda, y que esa representación vincula a la niña tanto en lo benéfico como en lo perjudicial.

Esa decisión fundada en la competencia del *ad quem*, que se circunscribe a los aspectos planteados por el recurrente, desconoce el carácter superior y prevalente de los derechos de los niños y su calidad de sujetos de especial protección constitucional, al privilegiar el derecho formal sobre el sustancial.

Con lo que así se ha ilustrado, se confirma lo que hemos señalado a manera de hipótesis: que el proceso contencioso administrativo resulta deficitario en cuanto al cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en la defensa y satisfacción de los derechos de los niños.

Ciertamente, el tema es abierta y completamente soslayado por la legislación especial. Y en el campo jurisprudencial lo que se encuentra es –junto a movimientos de avance y retroceso que en todo caso dejan ver la falta de un marco normativo consistente en la materia- una serie de decisiones abiertamente contrarias a esos compromisos, las cuales se explican probablemente por la falta de ese tratamiento diferencial que, idealmente, debería consagrarse en el derecho positivo y a ello apunta la propuesta que intenta justificar este trabajo.

5. NECESIDAD DE ESTABLECER UN MARCO NORMATIVO CON ENFOQUE DIFERENCIAL

Aunque, según se dijo antes, el carácter de obligación jurídica que tiene la garantía del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia a los niños, podría hacer innecesario un intento de justificación que vaya más allá del *pacta sunt servanda* y de la supremacía constitucional, es posible exponer algunos argumentos que sustentan la consagración explícita de un enfoque diferencial en el procedimiento contencioso administrativo, a través de una perspectiva constitucional, para asegurar que los mandatos de interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos tengan la debida aplicación en la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo que se propone, entonces, es el trámite y adopción de una reforma legislativa que incorpore al CPACA las disposiciones necesarias para, en cumplimiento de las obligaciones estatales, hacer efectivo el interés superior del niño y hacer efectiva la prevalencia a sus derechos.

Dicha reforma podría consistir en la mera proclamación de una serie de principios rectores como los que establece el Código de Infancia y Adolescencia en su Capítulo Primero: incorporación de los mandatos constitucionales y convencionales sobre derechos de los niños como “*guía para su interpretación y aplicación*”; aplicación de la norma más favorable en favor del niño; finalidad de protección integral; obligatoriedad de priorizar los derechos de los niños en caso de conflicto con los derechos de otros sujetos, etc.

Sin embargo, algunas razones aconsejan que la reforma no se limite a dicha proclamación, sino que avance en la consagración expresa de la aplicación concreta de los principios.

En efecto, como se señaló en el cuerpo de este trabajo, los principios de interés superior del niño y prevalencia de sus derechos sobre los de los demás hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, pues tienen rango constitucional (artículo 44 y 93), y fueron reiterados expresamente en el Código de Infancia y Adolescencia; no obstante, en la práctica la jurisdicción contencioso administrativa adopta decisiones abiertamente contrarias a ellos. Creemos que ese desconocimiento de los derechos de los niños se presenta en buena parte por la inexistencia de *reglas* que desarrollen los correspondientes principios. Sin que sea este el momento para entrar en la discusión sobre pros y contras de un sistema principialista, parece innegable que la textura abierta de los principios hace inevitable una gran discrecionalidad judicial, que puede concluir, a través de procesos de ponderación que resultan difícilmente controlables desde el punto de vista racional, en decisiones como las que hemos cuestionado, que –cuando no los soslayan totalmente- varían radicalmente de un caso a otro su comprensión, poniendo en evidencia que en última instancia, lo que se está haciendo es aplicar el criterio del fallador, so pretexto de aplicar los principios.

Las reglas resuelven ese problema ubicando el proceso de ponderación en manos del legislador, y suministrando al juez directrices mucho más precisas y menos conflictivas. No se desconoce que las reglas generan algunos problemas asociados a su rigidez y a su estrecha vinculación a supuestos de hecho altamente definidos, lo que tiende a la producción de lagunas; pero la teoría del derecho ha diseñado instrumentos de sobra conocidos (analogía e integración para superación de lagunas; criterios de especialidad y posterioridad para dirimir antinomias, etc.) para minimizar sus efectos.

Así las cosas, creemos que –sin perjuicio de que se consagren principios rectores como los señalados- el énfasis de la reforma ha de ubicarse en el establecimiento de reglas claras que orienten la práctica judicial y que puedan

ser usadas como referentes *objetivos* del ajuste de esa práctica y sus decisiones a los mandatos constitucionales y convencionales.

Tal vez a ello es a lo que apunta el Comité para los Derechos de los Niños cuando en su Observación General No. 5 expuso que (resaltaremos) es “*fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva*”⁷⁶. Y es que la indeterminación y vaguedad de los principios difícilmente puede viabilizar la exigibilidad de medidas concretas, mientras que respecto de las reglas sí es factible hacer un juicio terminante de cumplimiento o incumplimiento.

Ahora bien, respecto del contenido material de esa reforma, nuestro aporte ha de limitarse a hacer notar que en los instrumentos internacionales sobre el tema, en los pronunciamientos de los organismos internacionales, entre ellos las observaciones del Comité para los Derechos del Niño, en la doctrina y en la observación de la propia práctica de los procesos contenciosos administrativos, es posible encontrar algunos temas recurrentes cuya identificación puede orientar el sentido concreto de la reforma.

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002, sentó una premisa fundamental en la materia: que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto, y que sostener otra cosa desconocería la realidad y llevaría a omitir la adopción de medidas especiales para su protección, con

⁷⁶ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) 2003. 2p. Disponible en internet: <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf>

grave perjuicio de sus derechos, por lo que resulta imperativo reconocer y respetar las diferencias de trato correspondientes⁷⁷.

Indicó también que

“si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”⁷⁸.

Es decir, las mismas instituciones que se aplican ordinariamente en los procesos, deben tener una aplicación especial respecto de los niños, en atención a su condición de vulnerabilidad. Tal precisión nos parece de suma importancia, pues deja en claro que no se trata de hacer un procedimiento distinto para los menores, sino de adaptar los existentes a los requerimientos de su interés superior.

Se trata de adoptar toda una *perspectiva* que tome en consideración las particularidades de los niños en su rol de sujetos procesales, las cuales no pueden ser atendidas con los instrumentos diseñados para el caso general.

Al respecto, las *Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* adoptadas en 2008 por los representantes de los sistemas judiciales iberoamericanos⁷⁹, en su regla quinta reconoce que los niños deben “*ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema judicial en consideración a su desarrollo*”

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002. 63 p. Disponible en internet: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

⁷⁸ *Ibíd.*, p 64.

⁷⁹ CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. 2008. 4-5 p. Disponible en internet: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

evolutivo”, lo que implica sustituir la tradicional visión adultocéntrica⁸⁰ por una que ponga el énfasis en el menor de edad.

La inconveniencia de una visión indiferenciada es puesta de presente por el último de los fallos que antes reseñamos, en el que se pretende resolver la cuestión atinente a los menores por la vía ordinaria de imputar al representado los actos de su representante junto con sus consecuencias. Tal proceder, que resulta innegablemente racional tratándose de la representación que ha establecido libre, consciente y deliberadamente el representado (pues esa decisión justifica que se tengan por suyos los actos del representante), se muestra falaz en el caso de los menores, quienes no han tenido incidencia alguna en la opción por la representación, ni en la definición de su representante.

Como lo señala la doctrina⁸¹, los niños, además de enfrentar las mismas dificultades que los adultos en el trámite de un proceso judicial, se encuentran en desventaja por la falta de capacidad legal para iniciar procesos judiciales. Lo que quiere decir que *la propia institución de la representación legal* constituye una desventaja para el menor, y que, entonces, no resulta válido que se justifique el mal que debe sufrir como consecuencia de una mala representación, alegando que debe sufrirlo porque lo ha causado un representante que no designó y en cuyo proceso de definición ni siquiera fue escuchado.

⁸⁰ LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. 2015, Vol. 13, no. 1. 6p. Disponible en internet: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20150511064119/RonyEulalioLopez.pdf>

⁸¹ DETRICK, Sharon. Acceso a la justicia para todos los niños del mundo. 2015. Citado por FERNANDEZ ESPINOZA, WILLIAM HOMER. Autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial. Revista Vox Juris. [En línea]. 2017, vol. 2, no. 34. 179.p. Disponible en internet: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1082/864> ISSN: 1812-6864

En síntesis, la definición de los contenidos concretos de las normas a adoptar escapa obviamente a los alcances de este trabajo, cuya finalidad es la de poner de presente la existencia de un vacío y la necesidad de superarlo por vía legislativa.

Es de esperar que para la definición de esos contenidos se elabore un trabajo de *investigación empírica* que tenga por objeto determinar y, de ser posible cuantificar y clasificar, los obstáculos que en la práctica del proceso contencioso administrativo impiden la efectividad del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos.

A partir de los resultados de tal investigación seguramente podrá generarse un conjunto de normas a incluir en el CPACA, para incorporar mecanismos de eficiencia probada ya en otros campos normativos, dentro de los que se puede mencionar: la contabilización del término de caducidad de las acciones de que son titulares los menores a partir del momento en que adquieren mayoría de edad (como ocurre con el término de prescripción de la acción penal en los delitos sexuales cometidos en menores de edad – Ley 1154 de 2007-), la autorización para que los jueces emitan fallos ultra y extra petita en favor de los menores (como lo contempla el artículo 281 del CGP para los procesos de familia); la extensión de la competencia del juez de segunda instancia, a la verificación oficiosa de la efectividad del interés superior del niño, y la flexibilización de las cargas procesales a cumplir por el menor, que pueden dar lugar al rechazo de la demanda, como la previa conciliación, o al desistimiento tácito.

No se nos escapa que frente a esta propuesta pueden elevarse objeciones basadas en la necesidad de preservar otros importantes principios jurídicos, como la seguridad jurídica, la congruencia de las decisiones judiciales, la eficiencia en la impartición de justicia, y otros.

Pero a ello se puede responder señalando: (i) que como se ha dicho reiteradamente en este escrito, el cumplimiento de los deberes del Estado no es asunto de carácter discrecional, y (ii) que el proceso de determinación de viabilidad de los mecanismos concretos a adoptar ha de incluir, obviamente, la justificación de su racionalidad en términos del sistema normativo (por lo que no puede limitarse a considerar los intereses del niño, pues, ya se ha advertido, tampoco estos tienen carácter absoluto).

Así las cosas, cada una de las propuestas concretas debería ser sometida (en curso del trámite legislativo) a un test de ponderación, para asegurar que resulta ajustada a la Constitución.

Y como, de hecho, se trata –los que nos hemos atrevido a mencionar ejemplificativamente- de mecanismos que ya existen en otras áreas del ordenamiento, se cuenta con una fuente de información relevante para la necesaria valoración.

6. CONCLUSIÓN

A pesar de que el estado colombiano ha asumido compromisos internacionales que le obligan a adoptar medidas especiales para garantizar la prevalencia de los derechos de los niños y la efectividad de su interés superior en el proceso judicial, el nivel de cumplimiento de esas obligaciones es dispar, según el área de regulación, y claramente insuficiente en general.

Es importante destacar que el debido acatamiento de esos compromisos exige la implementación de un trato diferenciado en favor de los menores en su condición de sujetos procesales, mismo que encuentra clara justificación en el derecho a la igualdad, en cuanto inclusivo de la aristotélica puntualización de que es necesario tratar igual a los iguales, pero dar trato desigual a los desiguales.

El caso del proceso contencioso administrativo es paradigmático de tal situación, pues constituye un área de regulación y de práctica judicial privados de todo desarrollo en el derecho positivo propio, que ha dado lugar a decisiones que desconocen los mandatos constitucionales de interés superior del niño y de prevalencia de sus derechos, en algunos casos sin ninguna consideración respecto de ellos y en otros, en los que se mencionan, termina relativizándolos al someterlos a requisitos que ignoran las circunstancias de indefensión o vulnerabilidad en las que se encuentran los niños.

Por vía jurisprudencial, en efecto, se ha hecho algún reconocimiento congruo con esos deberes, pero se trata de avances insulares y coyunturales que conviven con decisiones y situaciones abiertamente contrarias a los derechos de los niños y a las obligaciones concretas en materia de su Derecho de Acceso Efectivo a la Administración de Justicia.

El deber de respeto a los compromisos internacionales y, sobre todo, el que impone la Constitución Política en cuanto a la prevalencia de los derechos del niño, exigen que se ponga remedio a esa irregular situación, y a esa finalidad se dirige la propuesta aquí elevada.

Se plantea, efectivamente, que ha de llevarse a cabo una reforma legislativa que incorpore al CPACA principios y reglas que posibiliten la vigencia efectiva del mandato constitucional de prevalencia de los derechos del niño, y del principio de interés superior que el ordenamiento internacional consagra en su favor.

Esa reforma debe incorporar principios rectores de las actuaciones, a manera de directrices de optimización de los derechos del niño en el proceso contencioso administrativo, pero no limitarse a ellos, pues -como demuestra la situación actual- el carácter indeterminado de los principios deja abiertas las puertas para que en cada caso se asigne un contenido distinto a los mismos, con lo que los derechos del niño pueden ser desconocidos sin-aparentemente-dejar de acatar los principios.

Debe, entonces, además, incorporar reglas concretas, cuyo contenido particular ha de ser definido a partir de la determinación empírica de los obstáculos a remover, y sometido a un test de proporcionalidad que permita armonizarlas con el sistema normativo general, y que muy probablemente se exprese en términos de primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo.

Obviamente, ese trabajo de definición y ese test de proporcionalidad han de ser agotados en sede legislativa, por ser de su competencia, de manera que el juez cuente con parámetros claros y definidos que reduzcan en lo posible su margen de discrecionalidad.

En ese orden de ideas, muy seguramente serán establecidas medidas especiales en favor de los derechos de los niños en materia de caducidad de la acción, para que el término se contabilice desde el momento que alcance la mayoría de edad; de principio de congruencia, para flexibilizarlo de manera que, quede definido que el niño merece una indemnización de carácter integral; de competencia en segunda instancia, para asegurar que el examen del *ad quem* se extienda de manera oficiosa respecto de los derechos prevalentes de los menores de edad, y de exclusión de algunos requisitos de procedibilidad, como la conciliación prejudicial.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. El principio de interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, vol. 6, núm 1, 2008, 227.p. ISSN: 0718-0195 Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Editorial Gredos, 1988, p. 174. Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C – 345 de 2019. M.P. Dra. Gloria Stella Ortíz Delgado.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los derechos de los niños. 1989. Disponible en: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/de_rechos.pdf

ATRIA, Fernando. “*La Forma del Derecho*”, Filosofía y Derecho, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, p.20.

BOFILL, April y COTS, Jordi. La Declaración de Ginebra. Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia, 1999, 11 p. Disponible en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

CAMPOS GARCÍA, Shirley. La Convención sobre los derechos del niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. 2009. Revista IIDH Vol. 50. 351 p. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>

CASIJ, Mariana. La edad de los menores en conflicto con la ley penal. Trabajo de Grado para optar por el título de Abogada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2012. 55.p.

Disponible en internet:
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10051/CasijPenaMariana2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia. 1999. 290 p. Disponible en:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976178.pdf>

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y derechos del niño, 1999. 7 p. Disponible en internet:
http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/2002. 63 p. Disponible en internet:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. 2008. 4-5 p. Disponible en internet:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

DETRICK, Sharon. Acceso a la justicia para todos los niños del mundo. 2015. Citado por FERNANDEZ ESPINOZA, WILLIAM HOMER. Autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial. Revista Vox Juris. 2017, vol. 2, no. 34. 179.p. ISSN: 1812-6864 Disponible en internet:
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1082/864>

GIRALDO JIMENEZ, Edier Adolfo. ¿Nuevos Sujetos de Derecho o Nuevos Sujetos de Protección Jurídica? Disponible en internet:

<http://www.forochat.com.co/2019/04/11/nuevos-sujetos-de-derecho-o-nuevos-sujetos-de-proteccion-juridica/>

GONZÁLES-SERRANO, María del Carmen Cazorla. La Protección Jurídica del Nasciturus en el Ordenamiento Jurídico Español. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. 2 p. ISSN 2255-1824 Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6056867.pdf>

GUIO CAMARGO, Rosa Elizabeth. La Constitucionalización del Derecho de Infancia y Adolescencia en Colombia. Trabajo de Grado Magíster en Derecho. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales, 2011. 45.p. Disponible en internet: <http://bdigital.unal.edu.co/7046/2/06697329.2011.pdf>

NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) 2003. 14 p. Disponible en internet: <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-5-medidas-generales-aplicacion-convencion-sobre-derechos-nino-2003.pdf>

NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) 2013. 10 p.

Disponible en internet: <http://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud. 2015, Vol. 13, no. 1. 6p. Disponible en internet: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20150511064119/RonyEulalio Lopez.pdf>

OSUNA PATIÑO, Néstor; UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos y SILVA FONSECA, Valeria. El régimen constitucional de la infancia: perplejidades del artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, en: Cátedra Unesco y Cátedra Infancia: derechos humanos y políticas públicas [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587721720. Disponible en: <https://books.openedition.org/uec/266?lang=es#text>

PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio. La constitucionalización del Proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2013, Vol. 43, No. 119, ISSN 0120-3886, 666 p. Disponible en internet: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n119/v43n119a06.pdf>

SANTAMARÍA PÉREZ, María Luisa. La delimitación del interés superior del niño ante una medida de protección institucional. 2017. 20 p. Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/565731/Tesi_Mar%C3%ADa_Luisa_Santamar%C3%ADa_P%C3%A9rez.pdf?sequence=1

TOSCANO LÓPEZ, Fredy Hernando 2013. Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de

la acción procesal. *Revista de Derecho Privado*. 24 (jun. 2013), 237 p.
Disponible en internet:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486>

UNICEF. Código de la Infancia y la Adolescencia versión comentada. Bogotá,
2007. p.6 Disponible en internet:
<https://unicef.org.co/informes/c%C3%B3digo-de-la-infancia-y-la-adolescencia-versi%C3%B3n-comentada>

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias.

- T-415 de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- T-727 de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- C-092 de 2002. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.
- C-157 de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- C-426 de 2002. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- T-953 de 2006. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño
- T-090 de 2007. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- C-240 de 2009. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
- C-442 de 2009. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- T-968 de 2009. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.
- T-438 de 2010. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- T-582 de 2010. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- T-572 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.
- T-844 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- T-429 de 2011. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- T-075 de 2013. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.
- T-283 de 2013. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- T-363 de 2013. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- C-492 de 2017. M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.
- C-325 de 2019. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

- Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de abril de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC5272-2016 Radicación n.º 70001-22-14-000-2015-00355-01
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC8850-2016. Radicación n.º 05001-22-10-000-2016-00186-01
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de julio de 2016. M.P. Luís Alonso Rico Puerta. STC9811-2016. Radicación n.º 88001-22-08-000-2016-00014-01.
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 08 de septiembre de 2016. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. STC12699-2016. Radicación n.º 68001-22-13-000-2016-00463-01
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de octubre de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez. STC14353-2016. Radicación n.º 68001-22-13-000-2016-00503-01
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de noviembre de 2016. M.P. Luis Alonso Rico Puerta. STC16342-2016. Radicación n.º 18001-22-08-002-2016-00202-02.
- Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de abril de 2018. MP. Patricia Salazar Cuéllar. AP1453-2018 Radicación n.º 44632
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 2018. MP. Margarita Cabello Blanco. STC7111-2018. Radicación n.º 11001-02-04-000-2018-00411-01

- Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de julio de 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero. AL2997-2018. Radicación n.º 55308
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 07 de noviembre de 2018. MP. Ariel Salazar Ramírez. STC14530-2018. Radicación n.º 11001-02-04-000-2018-01506-01
- Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de noviembre de 2018. M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero. SL5177-2018. Radicación n.º 67178

CONSEJO DE ESTADO.

- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de febrero de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01640-01(AC)
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 14 de septiembre de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 68001-23-31-000-1999-02283-01(37994)
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de febrero de 2017. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01591-01(AC)
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 6 de diciembre de 2017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2011-000317-01(48886)
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 28 de febrero de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00542-00(AC)

NORMATIVA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA.

- Ley 83. (26 de diciembre de 1946). Ley orgánica de la defensa del niño. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1946. No. 26363.24. Artículos 1° - 11.
- Decreto Ley 2737 (27 de noviembre de 1989). Código del Menor. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1989. No. 39.080.
- Ley 446. (7 de julio de 1998). Diario Oficial. Bogotá D.C., 1998. No. 43.335.
- Ley 1098. (08 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006. No. 46.446.
- Ley 1154 (4 de septiembre de 2007). Por la cual se modifica el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2007. No. 46.741. Artículos 1°.
- Ley 1306 (5 de junio de 2009). Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de los incapaces emancipados. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. No. 47.371. Artículos 8°.
- Ley 1346 (31 de julio de 2009). Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2009. No. 47.427. Artículos 7°.
- Ley 1448 (10 de junio de 2011). Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.096. Artículos 3° - 13.
- Ley 1437. (2 de julio de 2012). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012. No. 47.956. Artículo 140.
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2012. No. 48.489. Artículo 317.

- Ley 1652. (12 de julio de 2013). Diario Oficial. Bogotá D.C., 2013. No. 48.849.