

Pandemia y derechos humanos: decisiones del Estado frente a los niños institucionalizados

Recibido: 26 de mayo de 2020 • Aprobado: 25 de junio de 2020
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a15>

Lina Marcela Estrada Jaramillo

Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia
lina.estrada@upb.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-8162-7272>

Ángela María Mesa González

Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia
angelam.mesa@udea.edu.co
<https://orcid.org/0000-0001-6757-3995>

RESUMEN

El artículo analiza desde una mirada crítica las decisiones adoptadas por el Estado colombiano como consecuencia de la declaratoria de emergencia social sanitaria en todo el territorio nacional por la COVID-19 para los niños que se encuentran bajo una medida de institucionalización. Si bien Colombia cuenta con una amplia normatividad para la protección de la niñez, al parecer estas garantías constitucionales y convencionales se han desconocido en el Decreto 567 (2020) que faculta a los procuradores judiciales de familia para adelantar los procesos de adopción, lo que vulnera principios del Estado social y democrático de derecho como la autonomía, independencia judicial e imparcialidad procesal. Se partió de un estudio dogmático, utilizando la técnica documental, bajo un nivel exploratorio. Se concluye la evidente desprotección de los niños institucionalizados, cuyos derechos se encuentran en juego por decisiones contradictorias, ambiguas e inconstitucionales, a la suerte de seguir siendo objetos de protección en los estados de excepción y de normalidad.

Palabras clave: niñez; estado; protección de la infancia ; norma jurídica; adopción; COVID-19.

Pandemic and Human Rights: State Decision Regarding Institutionalized Children

ABSTRACT

This article analyzes from a critical point of view the decisions adopted by the Colombian state as a consequence of the declaration of a state of social emergency in the National territory due to COVID-19 for institutionalized children. Even though Colombia counts with a wide normativity for the protection of children, these guarantees seem to be unrecognized by the Decree 567 (2020) that enables the family judicial procurators for performing adoption processes, which vulnerates principles of the democratic Rule of Law such as autonomy, judicial independence and procedural impartiality. This research performed a dogmatic study using a documentary technique under an exploratory level. It concludes that there is an evident unprotection of the institutionalized children and that their rights are in jeopardy due to contradictory, ambiguous and unconstitutional decisions with the risk of remaining as objects of protection in the states of emergency and normality.

Keywords: childhood; state; childhood protection; judicial norm; adoption; COVID-19.

Pandemia e direitos humanos: decisões do Estado quanto às crianças institucionalizadas

RESUMO

Este artigo analisa, sob uma visão crítica, as decisões adotadas pelo Estado colombiano como consequência da declaração de emergência social sanitária em todo o território nacional pela covid-19 para as crianças que se encontram sob uma medida de institucionalização. Embora a Colômbia conte com uma ampla normatividade para proteger a infância, ao parecer essas garantias constitucionais e convencionais são desconhecidas no Decreto 567/2020, que faculta aos procuradores judiciais de família a realização dos processos de adoção, o que viola princípios do Estado social e democrático de direito, como autonomia, independência judicial e imparcialidade processual. Parte-se de um estudo dogmático, com a utilização da técnica documental, sob um nível exploratório. Conclui-se a evidente desproteção das crianças institucionalizadas, cujos direitos se encontram em jogo por decisões contraditórias, ambíguas e inconstitucionais, com probabilidade de continuar sendo objetos de proteção nos estados de exceção e de normalidade.

Palavras-chave: infância; estado; proteção da infância; norma jurídica; adoção; covid-19.

INTRODUCCIÓN

Este artículo surge de la actividad académica e investigativa de las autoras, quienes participan como docente y estudiante en la Especialización en Derechos Humanos de la Universidad de Antioquia y como investigadoras en el proyecto de investigación finalizado *La adopción de niños en Colombia y sus dificultades en la práctica administrativa y judicial. Fase I y II* financiado por la Universidad Pontificia Bolivariana, Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID). Estos dos escenarios académicos permitieron la reflexión sobre la realidad de los niños institucionalizados en la pandemia de la COVID-19 y las decisiones que asumió el Estado para su aparente protección.

De esta manera, este análisis parte de la revisión de la última observación realizada por el Comité de los Derechos de los Niños (2015) a Colombia, en la que resalta la amplia normatividad para la infancia y la adolescencia del país, pero alarma por la falta de cumplimiento, aplicación y la insuficiencia de medidas por parte del Estado para la protección de los derechos enunciados en la Convención de los Derechos de los Niños ratificada por la Ley 12 (1991).

A lo anterior se suma un nuevo desafío para el año 2020, la declaratoria de emergencia sanitaria global ocasionada por la COVID-19 en marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2020) y en Colombia mediante la Resolución 385 (2020) y el Decreto 417 (2020) se declara la emergencia sanitaria, económica, social y ecológica por parte del Ministerio de Salud y del presidente de la República, respectivamente.

En este contexto, el Consejo Superior de la Judicatura suspende, a partir del Acuerdo PCSJA20-11517 (2020), los términos de los procesos judiciales, incluyendo los de la adopción de niños¹. Ante este escenario, el Ejecutivo, en uso de sus facultades, profiere el Decreto 567 (2020) que faculta a los procuradores judiciales de familia para adelantar los procesos de adopción como autoridad jurisdiccional transitoria, desconociendo los principios de autonomía, independencia judicial e imparcialidad procesal.

Es claro que los preceptos y garantías del Estado social y democrático de derecho deben continuar, pese a encontrarnos bajo la modalidad de un estado de excepción previsto en el artículo 215 de la Constitución. Pero la carta política no solo señala la prevalencia y garantía de los derechos de los niños en el artículo 44, sino que también acoge en el bloque de constitucionalidad la Convención Internacional de los Derechos del Niño. En este tratado se han evidenciado las vulnerabilidades a las que se ha sometido la infancia en la historia, por lo que acoge la doctrina de la protección integral para reivindicarles sus derechos como ciudadanos del mundo.

¹ En este artículo se utilizará el término "Niño" en el entendido de la Convención de los Derechos de los Niños: todo aquel que no ha cumplido los 18 años e incluye en el término las niñas bajo un enfoque de género.

Las autoras del presente artículo han realizado investigaciones previas sobre las problemáticas de los niños que se encuentran en el Sistema Nacional de Protección, donde se evidencian continuas y constantes vulneraciones a sus derechos constitucionales por parte del Estado (Estrada et al., 2016, 2018). Estos artículos evidenciaron problemáticas como los retardos injustificados y la discrecionalidad de los defensores de familia para tomar decisiones, el descenso de las adopciones en un 62 % a partir de la Sentencia T844 (2011) que obligó a los funcionarios administrativos a buscar la familia consanguínea hasta sexto grado antes de ser declarados en adoptabilidad, y el interés de los medios de comunicación en visualizar las problemáticas de los niños solo cuando se presentan debates políticos, como el referendo del año 2017 que pretendía limitar la idoneidad para adoptar excluyendo las parejas del mismo sexo y las personas solteras.

El presente artículo se deriva de una reflexión académica que pretende continuar en la revisión y análisis del tema. El objetivo es establecer si las medidas implementadas por el Estado colombiano, a partir de la declaratoria de emergencia sanitaria por la COVID-19, garantizan los derechos humanos de los niños que se encuentran institucionalizados por un proceso administrativo de restablecimiento de derechos o en el curso de un proceso de adopción. Este análisis se hará a partir de la normatividad nacional e internacional y las recomendaciones de organismos internacionales en derechos humanos.

Para cumplir con el objetivo, se realizó un rastreo bibliográfico en las bases de datos institucionales. Se encontró que la información que existe al respecto proviene de informes y recomendaciones de organizaciones no gubernamentales que alertan sobre la situación de los derechos de los niños institucionalizados frente a la COVID-19 y la importancia de implementar medidas de protección oportunas y eficientes por parte de los Estados.

En este sentido, este primer acercamiento permite confirmar la importancia y la necesidad de este artículo de revisión como un aporte a la protección de los derechos de los niños que, aun en estados de excepción, no puede limitarse ni suspenderse, ni tampoco interrumpirse el normal funcionamiento de las ramas del poder público, en consonancia con la Constitución Política (1991) la Ley 137 [ley estatutaria en estados de emergencia] (1994) y las sentencias de la Corte, Sentencia C 466 (2017) y Sentencia C 156 (2011)

1. LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL MUNDO POR LA COVID-19

1.1. Pronunciamientos de organismos Internacionales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en la Resolución I, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), alertaron sobre los impactos socioeconómico de la COVID-19 para América a partir de

las brechas de desigualdad social, las condiciones de pobreza extrema, las altas tasas de informalidad y la violencia generalizada (CIDH, 2020). Ambos organismos señalan que los Estados no pueden perder el enfoque de derechos en la toma de decisiones para el manejo de la pandemia, y reconocen la necesidad de implementar medidas diferenciales para grupos poblacionales especialmente vulnerables, como los niños, niñas y adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño —organismo creado para hacer cumplir a los Estados los postulados de la Convención de los Derechos del Niño— alertó además sobre los efectos físicos, emocionales y psicológicos que la pandemia puede tener sobre los niños más vulnerables, especialmente en aquellos países que han declarado emergencias y bloqueos obligatorios. En este sentido, orienta a los Estados sobre algunos aspectos para tener en cuenta en el manejo de la contingencia. Esto se debe a que los niños han sido los primeros en ser aislados por la suspensión de derechos esenciales como la educación, la recreación, y la salud mental. Muchos niños continúan en situación de vulnerabilidad cuando sus familias no cuentan con los medios óptimos para garantizar una convivencia adecuada para su desarrollo (Cid et al., 2020).

Además, bajo las medidas de confinamiento, se encuentra por ejemplo la amenaza de sufrir violencia física o psicológica (Comité de los Derechos del Niño, 2020), como una situación de riesgo que puede derivar en la institucionalización² y en la separación del medio familiar de los niños. Además, se consideran las variables de vulnerabilidad multidimensional en las que se encuentran muchos de ellos, como pobreza extrema, víctimas de violencia, migrantes, en situación de calle, entre otras.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef por sus siglas en inglés) se han pronunciado para sugerir a los Estados una serie de medidas para prevenir afectaciones mayores a los derechos de los niños institucionalizados. Entre estas medidas, se encuentran fortalecer los sistemas de respuesta para las vulneraciones de derechos, prevenir la separación del núcleo familiar y, aun cuando esta sea la medida más oportuna, garantizar que, pese al confinamiento, los niños sigan en contacto con sus familiares para propender por una reintegración más pronta (The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action, 2019).

Para Muñoz y Barrios (2019), la institucionalización implica impactos negativos en el desarrollo de los niños, como en su salud física, mental y social que se evidencian al crecer sin referentes afectivos seguros. Esto significa para Deprode (2011), citado por Hueche et al. (2019) una "elevada necesidad de atención y afecto, existiendo una

² La separación de niños, niñas y adolescentes del núcleo familiar como una medida de protección y garantía de sus derechos implementadas por los sistemas de protección nacionales, deriva en que los niños deban ubicarse en medios de cuidado alternativo, a saber, instituciones públicas, privadas, familia extensa, y hogares sustitutos. A la institucionalización nos referimos cuando el niño es ubicado en una institución durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

alta probabilidad de que logren vincularse con adultos que se muestren cercanos, protectores y afectivos” (p. 3).

Ahora bien, la medida de institucionalización, la separación del medio familiar y el retraso en los procesos de adopción implica para los niños una vulneración del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Este derecho, en análisis y ponderación con el principio del interés superior, deriva en que las decisiones deben tomarse a la mayor celeridad posible y con todas las garantías para el ejercicio máximo de los demás derechos. Esto se hace teniendo en cuenta que la familia es la célula primaria de protección de los niños y, por tanto, el primer grupo social llamado a protegerlos por el Estado, cuya unidad debe garantizarse.

1.2. Pronunciamento de organizaciones no gubernamentales

Desde que se declaró la pandemia por la COVID-19 en marzo de 2020, y las posteriores medidas de declaratoria de confinamiento por parte de los Estados, diferentes organizaciones no gubernamentales han alertado sobre las circunstancias de vulneración de derechos de los niños que se pueden presentar en este contexto, especialmente, de aquellos que se encuentran institucionalizados o en el curso de un proceso de adopción. Estas instituciones señalan que la pandemia ha significado una circunstancia de mayor vulnerabilidad para la niñez y que ha permitido evidenciar las falencias ya existentes en los sistemas de protección nacionales actuales (The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action, 2019; Relaf, 2020).

Las ONG han evidenciado el incremento en los índices de violencia en los hogares a partir del aislamiento social obligatorio impuesto por países como Uruguay, Perú, Bolivia, Chile, Ecuador, Venezuela. Este hecho denota una necesidad preexistente de protección de las familias. Asimismo, muestra que los Estados han ignorado que, al ser los padres los primeros vulneradores de derechos, era necesario tomar acciones afirmativas previas a una pandemia o a una declaratoria de confinamiento. Además, manifiestan que, pese a que se ha indicado por diversos organismos como el Comité de los Derechos del Niño que la institucionalización o la separación del medio familiar no debe ser una medida de primera instancia, podría ser la medida de protección de más aplicación por los Estados durante la declaratoria de confinamiento o cuarentena obligatoria, dada la escasa capacidad de intervenir, orientar y capacitar a las familias desde otras herramientas (Better Care Network, 2020; The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action, 2019).

Las diversas organizaciones coinciden en que las recomendaciones tomadas por los Estados deben atender a un enfoque de derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta el interés superior del niño. Estas recomendaciones involucra, entre otras acciones:

- Dar prioridad en acompañar a los niños separados de las familias.

- Fortalecer los sistemas de protección y, en especial, los sistemas de recepción de denuncias de violencia o abuso.
- Mantener vigentes los planes y programas para apoyo a las familias más vulnerables como una forma de prevenir la violencia a los niños.
- Fortalecer las casas de acogida o las instituciones para que no desborden su capacidad y alberguen a los niños en las mejores condiciones.
- No suspender los procesos de adopción.

Respecto a la adopción, la ONG CoramBAFF (Simmonds, 2020; Adams, 2020) que acompaña procesos de adopción en Inglaterra, ha proferido una serie de comunicaciones relativas a los cambios en las regulaciones y en la práctica que la emergencia de la COVID-19 ha tenido en estos procesos. Así, ha dicho que los niños que se encontraban en el trámite de la adopción pueden considerarse en una doble situación de vulnerabilidad que requiere analizar múltiples cuestiones: los casos de encuentro familiar que no alcanzaron a darse y que deben ser una prioridad; los niños que alcanzaron a encontrarse con sus familias adoptivas, pero alguno de los miembros ha estado infectado y se ha tenido que decretar en cuarentena, lo que dificulta la creación del vínculo y la adaptación del niño, así como se incrementa el riesgo de contagio; los niños que aún se encuentran en trámite administrativo, pero este se ha visto retardado por la circunstancia de la COVID-19.

Esta organización reitera que los principios rectores del proceso de adopción consagrados en la Convención de los Derechos del Niño deben conservarse, aun cuando las circunstancias por la pandemia puedan parecer difíciles. Resalta la importancia del derecho a tener una familia y que esta no debe limitarse por las condiciones actuales de salud pública.

2. LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS EN COLOMBIA POR LA COVID-19

2.1. Los decretos presidenciales en estado de excepción

Actualmente, el presidente de la República goza de una ampliación de su poder debido a las facultades otorgadas por la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, a partir del Decreto 417 (2020), con el fin de "conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del coronavirus COVID-19".

En la tabla 1 se ilustran las decisiones originadas a partir de este decreto presidencial. Posteriormente, se analizan las implicaciones que tienen para los niños institucionalizados y en el curso de un proceso de adopción.

Tabla 1. Desarrollo normativo a partir de la COVID-19

Decreto	Autoridad	Objeto
RESOLUCIÓN 380 DEL 10 DE MARZO DE 2020	Ministerio de Salud y Protección Social	Se adoptan medidas preventivas sanitarias por causa de la COVID-2019.
ACUERDO pcsja20-11517 DEL 15 DE MARZO DE 2020	Consejo Superior de la Judicatura	Se suspenden términos judiciales para los procesos de adopción y de restablecimiento de derecho.
DECRETO 417 DEL 17 DE MARZO DE 2020	Presidencia de la República	Se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.
DECRETO 457 DEL 22 DE MARZO DE 2020	Ministerio del Interior	Se ordena el aislamiento preventivo obligatorio.
DECRETO 460 DEL 22 DE MARZO DE 2020	Ministerio de Justicia y de Derecho	Se ordena la prestación ininterrumpida de los servicios de las comisarías de familia.
DECRETO 531 DEL 8 DE ABRIL DE 2020	Ministerio del Interior	Se prorroga la medida de aislamiento preventivo obligatorio.
ACUERDO pcsja20-11532 DEL 11 DE ABRIL DE 2020	Consejo Superior de la Judicatura	Se prorroga las medidas de suspensión de términos judiciales, a excepción de los procesos de adopción en los casos en que se haya admitido la demanda a partir del 13 de abril.
DECRETO LEGISLATIVO 567 DEL 15 DE ABRIL DE 2020	Ministerio de Justicia y de Derecho	Se asignan a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción como autoridades jurisdiccionales transitorias.
DECRETO LEGISLATIVO 563 DEL 15 DE ABRIL DE 2020	Ministerio de Salud y Protección Social	Se faculta al ICBF para crear centros transitorios para la protección integral de la niñez y ordena la prestación ininterrumpida de los servicios de los defensores de familia.
ACUERDO pcsja11546 DEL 25 DE ABRIL DE 2020	Consejo Superior de la Judicatura	Se prorrogan las medidas de suspensión de términos judiciales a excepción de los procesos de adopción y los procesos de restablecimiento de derechos, siempre que se pueda adelantar de manera virtual.

Fuente: elaboración propia.

Para el análisis de las decisiones adoptadas bajo el estado de excepción, es importante aclarar que las medidas de restablecimiento de derechos —en especial en lo referido al derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella—, como la separación del medio familiar, la institucionalización y, en última instancia, la adopción, se toman en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos (en adelante, PARD) a cargo de un defensor o comisario de familia. En este sentido, es necesario analizar las circunstancias de aquellos niños que se encuentran en el curso de un PARD y que, como medida, se ha decretado la institucionalización, la separación familiar o la adopción.

Así entonces, como lo ilustra la tabla 1, los jueces de familia retomarían nuevamente la revisión de los PARD por pérdida de competencia de los comisarios o defensores de familia, esto es, por no haber realizado el proceso en el término de seis meses de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1878 (2018) o por control de homologación, el 25 de abril, es decir, un mes de espera más el tiempo que las autoridades dejaron de actuar, no obstante, la reiterada solicitud por los organismos internacionales a los países (normas mínimas para la protección de la niñez y adolescencia en la acción humanitaria) que ante situaciones humanitarias como la actual, el tiempo de espera es un indicador devastador para el bienestar emocional y físico para los niños dadas las repercusiones futuras que tienen para ellos (The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action, 2019).

Así entonces, como lo ilustra la tabla 1, los jueces de familia retomarían nuevamente la revisión de los PARD por pérdida de competencia de los comisarios o defensores de familia, esto es, por no haber realizado el proceso en el término de seis meses de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1878 (2018) o por control de homologación, el 25 de abril, es decir un mes de espera que las autoridades dejaron de actuar.

Lo anterior ilustra la preocupación del tiempo de espera para resolver la situación jurídica de un niño, el cual es un indicador devastador para su bienestar emocional y físico, teniendo además repercusiones futuras en su desarrollo, lo cual se ha alertado por varios organismos internacionales a los países como Colombia (The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action, 2019).

De igual forma, los niños que ya se encontraban institucionalizados como medida de restablecimiento de derechos en el PARD, luego de decretarse el aislamiento social obligatorio el 22 de marzo, fueron separados de manera transitoria de sus familias, lo que ha incrementado los sentimientos de abandono, pérdida y desarraigo. Este hecho obstaculiza, además, el fortalecimiento de las capacidades de las familias para recibir nuevamente a sus hijos a causa de la ausencia de recursos económicos derivada de las pérdidas de empleo informales, lo que generó que muchas familias manifestaran ante los defensores y comisarios de familia la imposibilidad de recibir a los niños en el núcleo familiar en el futuro próximo (Tejiendo Redes Infancia, 2020). Estos riesgos

ya habían sido identificados por diversas organizaciones internacionales, quienes sostienen la importancia de tomar medidas a tiempo para propender por un impacto menor en las condiciones de vida de los niños (Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria, 2020).

Adicionalmente, a partir de la decisión del Consejo Superior de la Judicatura de suspender los términos judiciales a partir del 15 de marzo de 2020, era conocido en el país, por diferentes medios de comunicación (Semana, 2020), el drama de varias familias extranjeras que quedaron en una situación donde debían retomar a sus países, pero sin los niños que iban a adoptar en Colombia debido al cierre de los juzgados. Esto ocasionó el viaje de los padres adoptantes a sus países de origen, la incertidumbre frente a un proceso que quedó a la espera y las expectativas de un niño de hacer parte de una familia. Pero luego, por decisiones jurídicas que no consultan la supremacía de sus derechos constitucionales, invisibilizan su derecho a ser amado.

2.2. El Decreto 567 de 2020 desconoce los derechos y garantías de los niños

A partir de las facultades del presidente de la República, se expidió el Decreto 567 (2020)

Por el cual se adoptan medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y se asignan a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica.

Este decreto se sustenta principalmente por el vacío del Acuerdo PCSJA20-11 (2020) del Consejo Superior de la Judicatura. Este acuerdo excepcionó la suspensión de términos judiciales en los procesos de adopción en aquellos casos en los que se hubiera admitido la demanda, lo que dejó los nuevos procesos y aquellos que no tuvieran admisión a la deriva o limbo jurídico.

Resulta cuestionable, entonces, que se hayan suspendido los términos judiciales bajo un acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura que limitó los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y el acceso a la administración de justicia. En el artículo 228 de la Constitución Política (1991) se establece la prevalencia de los derechos de los niños, y máxime los derechos fundamentales en cuestión, que continúan en vigencia incluso en estados de excepción.

En consonancia con lo anterior, es también un interrogante que el Consejo haya discriminado los procesos que tuvieran admisión de demanda. Por otro lado, los que no se hubieran presentado o no tuvieran admisión quedaron sin la posibilidad de ser conocidos por el juez. Este hecho muestra un tratamiento desigual y caprichoso sin justificación, dado que se están pueden utilizar medios tecnológicos y electrónicos en la actualidad.

La solución del Ejecutivo —bajo sus amplias facultades en estado de emergencia— fue acudir a la figura de *perpetuatio jurisdictionis* para facultar a los procuradores judiciales de familia para conocer y fallar los procesos judiciales de adopción.

¿Era necesario este decreto para solucionar el problema? En principio, consideramos que no, toda vez que hubiera bastado con la expedición de un nuevo acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura para que todos los procesos de adopción pudieran presentarse y fallarse ante el juez de familia. De esta manera, se seguirían respetando los postulados de la Convención de la Haya relativa a la cooperación en materia de adopción internacional (1993), ratificada por Colombia mediante la Ley 265 (1996). En su artículo 1 se señala que deben garantizarse y respetarse las garantías y los derechos fundamentales del derecho internacional en esta materia.

Adicionado a esto, parece que, en medio de la crisis, el poder público desconoció el fin último de los procesos de adopción, cuya garantía es el de dar una familia a un niño que se encuentra con sus derechos vulnerados. Esta sola consideración habría bastado para identificar que esta medida de protección no es un simple trámite judicial, sino que es una protección amparada en el artículo 44 de la Constitución Política, pues en este se reconoce el derecho fundamental de los niños a tener una familia. De esta manera, la suspensión de estos procesos fue, en sí misma, una transgresión de los mandatos constitucionales y convencionales, y a las regulaciones posteriores en su protección.

Resulta controversial, además, que el procurador judicial, como agente del Ministerio Público, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 257 de la Constitución Política, interviene en los procesos judiciales de adopción en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y las garantías fundamentales. Esto quiere decir que, bajo este decreto presidencial, estaría actuando como juez y parte: decide y a la vez hace el control de sus propias actuaciones, lo que va en contravía de las garantías constitucionales como la separación de poderes y la autonomía e independencia judicial.

Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela del 29 de abril de 2019 (Sentencia E 11001-02-03-000-2020-00029-00, 2019), también le resultó inconveniente, de cara a las garantías constitucionales y convencionales de los niños, asignar funciones jurisdiccionales a los procuradores judiciales de familia y que estos continuaran conociendo los procesos de adopción. Pero esto se hizo a pesar de que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PCSJA11546 (2020), ya hubiera ordenado levantar la suspensión de términos en todos los procesos de adopción para los jueces.

En palabras de la Corte:

las funciones jurisdiccionales no podrán ser ofrecidas o extendidas por el citado Decreto [567] ni siquiera en circunstancias jurídicas y sociales en las cuales se encuentra el país. En una palabra no podrá extenderse o proyectarse una

"jurisdicción" que desafía o lesiona la carta política. (Sentencia E 11001-02-03-000-2020-00029-00, 2019)

Por lo tanto, asignarle funciones judiciales a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control, independiente y autónomo de las demás ramas de poder público, lesiona postulados del Estado social de derecho enunciados en el artículo 1, la supremacía constitucional (art. 4), la estructura de las ramas del poder público (art. 113), la independencia de la administración de justicia (art. 228) y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley (art. 230).

El alcance y contenido de la autonomía judicial en el Estado social de derecho significa que el juez es la autoridad que cuenta con las aptitudes, potestades y prerrogativas otorgadas en la parte orgánica de la Constitución para interpretar la ley y fallar, lo cual es uno de los presupuestos de los Estados democráticos. Esto ha sido producto de la historia de la independencia entre los poderes públicos, tal como señala la Sentencia C 836 (2001):

Esta independencia es producto histórico de la lucha entre la nobleza y el monarca. La nobleza quería que el Rey registrase las leyes que expedía ante los jueces y de esa manera tener seguridad en sus derechos. Poco a poco los jueces se van independizando del monarca, llegando incluso a proferir fallos contra las decisiones de éste.

Nos encontramos, entonces, en un estado de excepción en el cual el Estado debe hacerle frente a la situación de anormalidad por la emergencia sanitaria de la COVID-19, pero continuamos siendo un Estado social de derecho. Esto significa que las garantías constitucionales continúan vigentes y que el Poder Ejecutivo no puede reformar, con medidas desproporcionadas, arbitrarias y autoritarias, uno de los postulados fundamentales de nuestra carta política que, además, es diferente a los determinados en los estados de emergencia para su competencia normativa.

La administración de justicia como servicio público esencial (Ley 270, 1996) debe mantenerse bajo la existencia de una situación de emergencia sanitaria para garantizar la existencia de derechos plenos y no incompletos para los niños, especialmente aquellos que requieren que su situación jurídica sea resuelta de manera oportuna por el Estado. Hoy se resalta la importancia de la independencia de los jueces en las democracias modernas quienes, bajo el imperio de la ley, están llamados a la interpretación y aplicación de normas en aquellos grupos sociales que se encuentran en desventaja social, económica y política.

CONCLUSIONES

Colombia cuenta con una amplia legislación de protección a la niñez, no solo por la ratificación de convenios y tratados como la Convención de los Derechos de los Niños, sino porque tiene un Código de Infancia y Adolescencia. No obstante, en estados

de excepción, como en el que estamos a causa de la pandemia de la COVID-19, se adoptan medidas como la señalada en el Decreto 567 (2020) por parte del Ejecutivo y el Acuerdo PCSJA20-11 (2020) del Consejo Superior de la Judicatura. Este suspendió los términos en los procesos de adopción, desconoció las garantías de los derechos humanos y la prevalencia de los derechos de los niños. Con estas decisiones, no solo se afectó el núcleo esencial del derecho al niño a tener una familia, sino también los postulados de separación de poderes, autonomía e independencia judicial.

Ahora bien, la pandemia por la COVID-19 ha puesto de presente algunas falencias del sistema de protección de la infancia que existían antes de la emergencia, y que este contexto se ha profundizado. En consecuencia, se proponen algunas recomendaciones para que las medidas implementadas a futuro preserven un enfoque de derechos y, en especial, una priorización del interés superior del niño, teniendo en consideración las propuestas de organizaciones internacionales con experticia en la materia, como la Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria y Unicef (Better Care Network, Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria y Unicef, 2020).

En primer lugar, es importante resaltar las directrices del Acnur (2008) para la determinación del interés superior del niño. Si bien su enfoque es en niñez migrante y refugiada, permiten establecer elementos de consideraciones generales para todos los casos, máxime cuando nos enfrentamos a una crisis humanitaria que exige respuesta inmediata, y que deben ser la pauta de acción para la toma de decisiones institucionales. En este sentido, un procedimiento adecuado para la garantía del interés superior del niño tiene en cuenta los siguientes elementos: a) participación adecuada de los niños sin discriminación; b) debida importancia a las opiniones de los niños, atendiendo a su edad y madurez; c) involucra personas adecuadas con experiencia para la toma de decisiones; d) equilibrar todos los factores para evaluar la mejor opción y solución; y e) garantizar todos los derechos de los niños (Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria, 2019). Por lo tanto, es fundamental que las medidas administrativas y judiciales involucren de manera activa la participación de los niños y la predicción de las repercusiones que para ellos tienen las decisiones que se adopten.

En segundo lugar, se debe optar por preservar y proteger el vínculo familiar, a pesar de las circunstancias de aislamiento, cuarentena o emergencia sanitaria. La familia debe ser el eje de protección sobre la que se tomen las decisiones. Por ejemplo, las visitas familiares a los niños no deben suspenderse y, en caso de que se hayan suspendidas, deben reactivarse a la mayor brevedad. Estas medidas suponen soluciones a corto plazo, pero en el futuro generan graves efectos negativos para los niños y su pronta reintegración al núcleo familiar (Tejiendo Redes Infancia, 2020).

En consonancia con lo anterior, es preciso considerar que en la actualidad las situaciones de vulneración de derechos podrían incrementarse. Las autoridades deben analizar todos los factores de apoyo familiar para que la separación del núcleo familiar sea la medida de última instancia que se determine, dado que el contexto puede incrementar las situaciones de riesgo. Al evitarse situaciones de separación arbitrarias atendiendo, por ejemplo, a situaciones de pobreza y en consideración al interés superior del niño, se garantiza la preservación de entornos protectores óptimos (Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria, 2020). El contexto de la crisis por la pandemia es un escenario ideal para fortalecer a las familias en el ejercicio de su rol como cuidadora primaria.

Adicionalmente, se reitera la necesidad de que los niños sean los protagonistas de la agenda pública y política durante la contingencia. De esta manera, teniendo en cuenta la Observación General 5 del Comité de los Derechos de los Niños (2003) y en concordancia con el derecho a ser escuchado, las medidas administrativas, legales y judiciales que se adopten a futuro deben considerar la opinión de los niños para permitir que sean copartícipes de la construcción de sus propios entornos seguros, de cuidado y, sobre todo, de amor.

De esta manera, es indispensable que el Estado adopte medidas a largo plazo, no solo para sobrellevar la emergencia sanitaria, económica y social, sino también para fortalecer el sistema de protección de los niños. Debe partir, por ejemplo, de identificar que las familias presentan condiciones de vulnerabilidad y que, en esa misma medida, las acciones implementadas no puedan conllevar a generar mayores vulneraciones y obstáculos. En últimas, no se pueden desconocer los derechos y garantías del Estado social de derecho.

REFERENCIAS

- Adams, P. (2020). *Accessing key resources: Foster cares are priority social care workers*. CorambaAFF: adoption and fostering academy. <https://corambaaf.org.uk/sites/default/files/coronavirus/fostering/Accessing%20key%20resources%20300320.pdf>
- Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, Acnur. (2008). *Directrices del Acnur para la determinación del interés superior del niño*. <http://www.corteidh.or.cr/sites/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>
- Alianza para la Protección de los niños en la Acción Humanitaria. (2019). *Normas mínimas para la protección de la niñez y adolescencia en la acción humanitaria*. Edición 2019. <https://handbook.spherestandards.org/es/cpms/#ch001>
- Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria. (2020). *Technical note: protection of children during the Coronavirus Pandemic*. http://alliancecpha.org/en/system/tdf/library/attachments/the_alliance_covid_19_brief_version_1.pdf?file=1&type=node&id=37184
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. *Gaceta Constitucional* 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Cid, M., Fernandes, A., Morato, G., y Minatel, M. (2020). Atención Psicosocial y Pandemia de COVID-19: Reflexiones sobre la Atención a Infancia y Adolescencia que Vive en Contextos Socialmente Vulnerables. *Multidisciplinary Journal of Educational Research*, 10(2), 178-201. <http://dx.doi.org/10.4471/remie.2020.5887>
- Better Care Network (2020). *Sugerencias para el apoyo preventivo y de respuesta a niños, niñas, adolescentes, familias y proveedores de cuidados alternativos durante el COVID-19*. Better Care Network. <https://bettercarenetwork.org/library/particular-threats-to-childrens-care-and-protection/covid-19/alternative-care-and-covid-19/sugerencias-para-el-apoyo-preventivo-y-de-respuesta-a-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-adolescentes-familias-y>
- Better Care Network, Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria y Fondo de las Naciones Unidas por la Infancia (Unicef). (2020). *Protección de la niñez y adolescencia durante la pandemia del COVID-19: los niños y niñas y el cuidado alternativo – medidas de respuesta inmediata*. https://alliancecpha.org/en/system/tdf/library/attachments/covid-19_tn_spanish.pdf?file=1&type=node&id=37605
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Resolución 1. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Washington: OEA. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. (2015). *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia*. Naciones Unidas. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/Informes-4-5-combinado-comite-derechos-nino.pdf>
- Comité de los Derechos del Niño. (2020, 8 de abril). *The Committee on the Rights of the Child warns of the grave physical, emotional and psychological effect of the COVID-19 pandemic on children and calls on States to protect the rights of children*. <https://www.unicef.org/sop/press-releases/light-covid-19-crisis-un-officials-call-immediate-release-all-children-detention>
- Comité de los Derechos del Niño. (2003). *Observación General 5: medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño*. Unicef. <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. (1993, 29 de mayo). *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. HCCH. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>
- Congreso de la República de Colombia (1991, 22 de enero). *Ley 12. Convención Internacional de los Derechos de los Niños*. Diario oficial n.º 39.640. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (1994, 2 de junio). *Ley 137. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia*. Diario Oficial n.º 41.379. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13966>
- Congreso de la República de Colombia. (1996, 7 de marzo). *Ley 270. Estatutaria de la Administración de Justicia*. Diario Oficial n.º 42.745. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. (2018, 9 de enero). *Ley 1878. Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º 50.471. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1878_2018.htm

- Consejo Superior de la Judicatura. (2020, 15 de marzo). *Acuerdo PCSJA20-11517. Por la cual se adoptan medidas transitorias por motivos de salubridad pública* http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUplod%2FPCSJA20-11517.pdf
- Corte Constitucional. (2001, 9 de agosto). Sentencia C 836 (Rodrigo Escobar Gil, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>
- Corte Constitucional. (2011, 9 de marzo). Sentencia C 156. (Mauricio González Cuervo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-156-11.htm>
- Corte Constitucional. (2011, 8 de noviembre). Sentencia T 844. (Jose Ignacio Pretel, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>
- Corte Constitucional. (2017,19 de julio). Sentencia C 466. (Carlos Bernal Pulido, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-466-17.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2020, 29 de abril). Sentencia E 11001-02-03-000-2020-00029-00. (Francisco Ternera Barrios, M.P). http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_c8a931c74ef54853ada8ba7e06cadeec
- Estrada, L.M; Arango, B.M; Mesa, A.M; Vergara, C; Noreña, M; Tamayo, M; López, D; Correa, J.A. Los hijos del Estado. Desventajas sociales ante una larga espera para su adopción. *Estudios de Derecho*, 73(161), 155-179. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v73n161a08>
- Estrada, L.M; Arango, B.M; Mesa, A.M; Carrasquilla, D; Vergara, C; Noreña, M; Tamayo, M; López, D; Correa, J.A. Dificultades de la adopción de niños en Colombia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre 2011 y 2016. *Revista Civilizar*, 18(35), 1-12. <http://dx.doi.org/10.22518/usergioa/jour/ccsh/2018.2/a01>
- Hueche, C., Lagos, G., Ríos, N., Silva, E. y Alarcón-Espinoza, M. (2019). Vínculos afectivos en adolescentes institucionalizados, Chile. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17(2), 1-19. <http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.17217>
- Ministerio de Justicia y de Derecho (2020, 15 de abril). Decreto 567. *Por la cual se adoptan medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y se asignan a los procuradores judiciales de la familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20567%20DEL%2015%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2020, 12 de marzo). Resolución 385. *Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DII/resolucion-385-de-2020.pdf>
- Muñoz, A. y Barrios, S. (2019). Problemas en la integración sensorial en niños huérfanos, institucionalizados y adoptados: Una revisión exploratoria. *Revista Chilena de Terapia Ocupacional*, 19(2), 95-104. <https://revistaterapiaocupacional.uchile.cl/index.php/RTO/article/view/54275/58872>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2020). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre el COVID-19*. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
- Presidencia de la República. (2020, 17 de marzo). Decreto 417. *Por la cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional*. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DEL%2017%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf>

- Relaf. (2020). *Recomendaciones para la implementación de medidas que garanticen el derecho a la vida familiar y comunitaria en el marco de la pandemia*. Relaf: por el derecho a vivir en familia y comunidad. <https://www.relaf.org/covid-19/>
- Semana. (7 de abril de 2020). *Crisis en adopción de 25 menores como consecuencia del Coronavirus*. Revista Semana. <https://www.semana.com/nacion/articulo/crisis-en-adopcion-de-25-menores-como-consecuencia-del-coronavirus/662178>
- Simmonds, J. (2020). *Managing introductions and the placement of children with their prospective adopters*. CoramBAFF: adoption and fostering academy. <https://corambaaf.org.uk/coronavirus/adoption>
- Tejiendo Redes Infancia (2020, 21 de mayo). *Retos en los servicios de prevención y protección a la niñez durante la pandemia del COVID-19 en Colombia*. Webinar virtual en el marco de las conferencias de #NiñezPrimero.
- The Alliance for Child Protection in Humanitarian Action. (2019). *Guidance note: protection for children during infectious disease outbreaks*. Edición 2019. https://alliancecpha.org/en/system/tdf/library/attachments/cp_during_ido_guide_0.pdf?file=1&type=node&id=30184