

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

El interés superior del menor, entendido como un principio que guía el accionar de las autoridades Estatales, propende porque, al momento de tomar una determinación que pueda afectar los intereses de un niño, niña o adolescente: (i) se tengan en cuenta y evalúen las opciones o medidas que, en mejor manera, permiten la satisfacción efectiva de sus derechos, incluso si éstos entran en colisión con los derechos de terceros; y (ii) que al momento de adoptar estas determinaciones se valore la opinión del menor, siempre que éste cuente con la madurez necesaria para formarse su propio criterio al respecto.

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Medidas de protección

El procedimiento se entiende iniciado con la decisión de apertura del proceso, y culmina con la adopción de una decisión que resuelva si efectivamente se vulneraron los derechos del menor y adopte una medida de restablecimiento de las establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 que permita superar la situación evidenciada; estas son: (i) la amonestación de los padres o las personas responsables del cuidado del menor con asistencia obligatoria a curso pedagógico, (ii) el retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y la ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado, (iii) la ubicación inmediata en medio familiar, (iv) la ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso, (v) la adopción y (vi) promover las acciones policivas administrativas o judiciales a que haya lugar. Además de las anteriores, podrá (vii) aplicar las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Adicionalmente, las autoridades cuentan con la posibilidad de adoptar medidas provisionales como lo es la “ubicación en hogar sustituto” para permitir que, en los casos en que el menor carezca de una red familiar que permita su cuidado, sea

posible brindarle los cuidados y atenciones que requiere mientras se resuelve de forma definitiva sobre su situación jurídica.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Declaratoria de adoptabilidad tiene naturaleza extraordinaria y excepcional

La adopción, como mecanismo de restablecimiento de derechos, tiene una naturaleza extraordinaria y excepcional que supone un uso razonado de esta facultad, pues se trata de una medida sumamente drástica que implica la separación de un menor y su familia biológica; cuestión que no solo contraviene, en principio, el deber Estatal de promover y conservar la unidad familiar, sino que tiene la posibilidad de causar efectos sumamente nocivos sobre los derechos del menor en el caso de que sea indebidamente implementada. En ese orden de ideas, el Estado tiene la carga de verificar que realmente no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los derechos del menor al interior del núcleo familiar y, por ello, debe agotar todas las medidas que puedan resultar idóneas para permitir la adecuación del ambiente familiar, a unos estándares mínimos para el desarrollo de los menores. Así, la anterior tarea supone no solo que los padres del menor se encuentran imposibilitados de efectuar esta garantía, sino que, adicionalmente, el núcleo familiar extenso, compuesto por los abuelos, tíos y demás familiares biológicos del menor, no se encuentra en la capacidad o cuenta con la disposición de hacerlo.

PROCESO DE HOMOLOGACION DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Requisitos

La declaratoria de adoptabilidad únicamente es viable cuando a pesar de los esfuerzos institucionales para lograr que los padres biológicos cumplan con sus deberes legales, resulta evidente que el menor se encuentra en una situación familiar de abandono (i) físico, (ii) emocional, o (iii) psicoafectivo, al punto de que se considere que el medio familiar en que se desarrolla el menor pueda representar un riesgo para su existencia digna.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Procedencia por defecto fáctico por indebida valoración probatoria, al considerar imposibilidad de abuela para cuidado y custodia de sus nietos

Referencia: Expediente T-7.439.545.

Acción de tutela formulada por LBV contra el Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (ICBF), y el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa – Cundinamarca-.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veinte (2020)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el dos (2) de mayo de dos mil diecinueve (2019), dentro de la acción de tutela promovida por la ciudadana LBV contra los CENTROS ZONALES DE FACATATIVÁ Y LA MESA DE LA REGIONAL CUNDINAMARCA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (en adelante ICBF), y EL JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE LA MESA -CUNDINAMARCA-.

El expediente de referencia fue escogido para revisión mediante Auto de dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019) por la Sala de Selección Número Siete, conformada por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera, y asignado por reparto al Magistrado Alberto Rojas Ríos como sustanciador de su trámite y decisión.

La Sala Novena de Revisión estima pertinente aclarar que, en razón a que en el presente caso se estudiará la situación de unos menores de edad declarados en condición de adoptabilidad, es necesario que, como medida de protección de su intimidad, se ordene la supresión de (i) sus nombres, (ii) los de sus familiares, así como (iii) cualquier dato o información que permita su identificación, de esta providencia y de toda futura publicación de la misma. En consecuencia, para efectos de individualizarlos y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a esta tutela, se cambiarán los nombres de las partes, por sus

iniciales.

I. I. ANTECEDENTES

El pasado 05 de abril de 2019, la ciudadana LBV formuló acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Regional Cundinamarca, Centros Zonales de Facatativá y La Mesa, y el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa – Cundinamarca, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la familia. Ello, a partir de la determinación de la condición de adoptabilidad de los menores JSGU y JEGU a pesar de que ella, en su condición de abuela paterna, está dispuesta a asumir su custodia y cuidado.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la actora sustenta sus pretensiones en los siguientes:

1. 1. Hechos

1. %1.1. Los menores JEGU y JSGU han sido sujetos, desde su pequeña infancia, de dos procedimientos de restablecimiento de derechos, el primero de estos inició en el año 2006 y culminó en el 2008 con el retorno de los niños a su núcleo familiar y el segundo inició en 2011 y culminó en 2013 en virtud de una decisión judicial que decidió retornar a los menores a su padre biológico.

1.2. Con ocasión a hechos que tuvieron lugar en el año 2016, el ICBF seccional Facatativá inició un nuevo procedimiento de restablecimiento de derechos en favor de los menores, en razón a que, según las autoridades de familia, éstos habían sido víctimas de negligencia y descuido por parte de sus familiares.

1.3. Con ocasión al trámite de restablecimiento de derechos iniciado, el ICBF determinó la necesidad de dictaminar, como medida de protección provisional, la ubicación de los menores en un hogar sustituto mientras se resolvía definitivamente su situación jurídica.

1.4. La accionante es una mujer de 64 años que, en su condición de abuela de los menores, pretende asumir su custodia. Ella afirma haberlos acompañado en su crecimiento y que, durante el trámite del último de los procesos de restablecimiento de derechos del que han sido sujetos, procuró, entre otras cosas, (i) estar pendiente de ellos, (ii) mantener contacto

con los mismos, (iii) visitarlos en el hogar sustituto en que se encuentran y (iv) velar porque no les falte nada.

1.5. Mediante Resolución No. 31 del 22 de marzo de 2018 la Defensoría de Familia del Centro Zonal La Mesa el ICBF, declaró la condición de adoptabilidad de los menores GU y, mediante oficio del 4 de mayo del mismo año, solicitó al Juzgado Promiscuo de Familia de la Mesa - Cundinamarca-, la homologación de la decisión.

1.6. El 30 de mayo de 2018, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa - Cundinamarca- intentó comunicarse con los familiares de los menores GU, entre ellos, la señora LBV y dejó constancia de que no fue posible comunicarse con ninguno; lo anterior, a pesar de 7 intentos de entablar comunicación telefónica con ella. Sin embargo, en esta constancia se indica que el día 29 de mayo anterior, el Personero Municipal informó al Despacho que la actora conoce del trámite que se adelanta y asistiría a la audiencia de homologación programada.

1.7. El 20 de junio de 2018, en audiencia de fallo de homologación, el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- decidió homologar la Resolución No. 31 del 22 de marzo de 2018, por medio de la cual se estableció la condición de adoptabilidad de los niños y terminar la patria potestad entre éstos y sus padres biológicos; lo anterior, tras desestimar la pretensión de la accionante, quien, en la audiencia, manifestó que estaba dispuesta a asumir el cuidado de sus nietos.

1.8. La accionante afirma carecer de todo grado de escolaridad y no saber leer ni escribir, motivo por el cual considera que ve dificultada su posibilidad de gestionar materialmente la defensa de sus intereses y los de los menores que hacen parte de su familia. Indica igualmente que labora en oficios domésticos en diferentes lugares, trabajo a partir del cual devenga los recursos necesarios para garantizar su sustento y el bienestar de sus nietos.

2. Material probatorio obrante en el expediente

1. 2.1. Certificación del 3 de noviembre de 2016 en la que el ciudadano SHRN, en su calidad de Párroco de San José Obrero, indica que “de acuerdo con el testimonio de algunas personas manifiestan (sic) que [la señora LBV] es incapaz de maltratar a los niños a quienes quiere mucho, los respeta y lucha por ellos para que salgan adelante, además de esforzarse por

darles un hogar”.

2.2. Escrito del 27 de abril de 2018, en donde la accionante solicita al ICBF que le expida copia de la diligencia de la audiencia surtida dentro del proceso que adelantan en relación con sus nietos.

2.3. Oficio del 2 de mayo de 2018 presentado por el Personero Municipal de La Mesa - Cundinamarca- ante el ICBF, Centro Zonal La Mesa, en el cual coadyuva el escrito del 27 de abril de 2018 de la ciudadana LBV relativo a una solicitud copias de la audiencia surtida dentro del proceso administrativo de sus nietos.

2.4. Declaración del 16 de mayo de 2018 en la que CLCJ indica que la accionante, a quien conoce desde hace más de 8 años, es una persona honesta y responsable y de “grandes valores morales”.

2.5. Declaración del 18 de mayo de 2018 de la ciudadana NLAD quien indica que la accionante, a quien conoce desde hace más de 2 años, es una persona honesta, honrada y “grandes valores morales”.

2.6. Declaración del 19 de mayo de 2018 en la que BACS indica que la accionante, a quien conoce desde hace varios años, es una persona trabajadora, responsable, honesta y fiel cumplidora de sus deberes.

2.7. Constancia Secretarial del 30 de mayo de 2018 expedida por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- en la cual deja constancia de los infructíferos intentos de notificar a los familiares de los menores GU, entre ellos a la accionante (en 7 ocasiones), de la citación a audiencia de homologación que tendría lugar el 20 de junio de 2018.

2.8. Acta de la audiencia de fallo del 20 de Junio de 2018, en la que Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- homologó la decisión de declarar la condición de adoptabilidad de los menores GU.

2.9. Certificación del 17 de septiembre de 2018 expedida por la Institución Educativa Municipal Técnica Agropecuaria de Facatativá -Cundinamarca-, en virtud de la cual se manifiesta que el menor JEGU cursó y aprobó el grado de Tercero durante el año lectivo de 2015.

2.10. Certificación del 17 de septiembre de 2018 en la que la Institución Educativa Municipal Técnica Agropecuaria de Facatativá – Cundinamarca, da constancia de que el niño JSGU cursó y no aprobó el grado de Tercero durante el año lectivo de 2015.

2.11. Oficios del 3 de mayo, 27 de septiembre y 5 de diciembre de 2018, en los que el Personero Municipal de La Mesa -Cundinamarca- le solicita al ICBF le allegue copia de la contestación otorgada a la ciudadana LBV a su escrito del 27 de abril de 2018.

2.12. Certificación del 4 de octubre de 2018, en la que la Fundación Pacto Belén, da constancia de que LBV, desde “la fecha de ingreso de los niños JEGU y JSGU ha asistido a cinco visitas dentro del horario establecido” y que, adicionalmente, asiste de una a dos veces al mes, pero fuera del horario; motivo por el cual no se le ha permitido el ingreso.

2.13. Declaración del 26 de marzo de 2019 de la ciudadana CRCB quien indica que la accionante, a quien conoce desde hace más de 8 años, es una persona honesta y responsable y de “grandes valores morales”.

2.14. Certificación del 2 de abril del 2019 de la Contadora Pública ZBTM en virtud de la cual es posible acreditar que la ciudadana LBV percibe ingresos mensuales por 485.000 pesos.

2.15. Copia de los carnets estudiantiles de los menores JEGU y JSGU.

2.16. Copia de los carnets de “accidentes estudiantiles” tomados con la Aseguradora Solidaria de Colombia para cubrir las contingencias que puedan surgir en desarrollo de sus actividades académicas.

3. Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

La ciudadana LBV considera desconocidos sus derechos fundamentales y los de sus nietos menores de edad a tener una familia, en razón a que, dentro del proceso de restablecimiento de derechos iniciado a favor de estos últimos en el año 2016, fueron declarados en condición de adoptabilidad, muy a pesar de que ella afirma tener la voluntad y la capacidad de cuidarlos. En ese sentido, asevera que no existe razón alguna para que la separen de sus nietos.

4. Trámite de la acción de tutela objeto de revisión

Mediante auto del 12 de abril de 2019, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca resolvió avocar conocimiento de la acción de amparo y notificar las accionadas.

Una vez integrado el contradictorio, las accionadas se pronunciaron en los siguientes términos:

Respuesta del Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa -Cundinamarca-

En escrito del 22 de abril de 2019, el juzgado accionado dio contestación a la presente solicitud de amparo e informó que el expediente contentivo del proceso de restablecimiento de derechos de los menores GU fue: (i) recibido por ese despacho judicial el 9 de junio de 2018; (ii) resuelto en audiencia pública el día 20 de junio posterior y (iii) remitido a la Defensora de Familia del ICBF, Centro Zonal de La Mesa, con fecha de recibo por dicha institución del 25 de junio de ese mismo año.

Al respecto, igualmente informó que solicitó de vuelta el expediente a la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal de La Mesa, y ésta, el 23 de abril de 2019, indicó que el expediente había sido remitido por competencia a la Zonal del ICBF del municipio de Facatativá.

Respuesta de la Personería Municipal de La Mesa -Cundinamarca-

El ciudadano Javier Peralta Ardila, en su calidad de Personero Municipal de La Mesa, respondió a la presente acción de tutela en el sentido de indicar que si bien su participación dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los menores GU fue constante, e incluso coadyuvó inicialmente la pretensión de la ciudadana LBV, lo cierto es que considera necesario que los jueces, al adoptar este tipo de decisiones y, sin desconocer “el amor que la señora LBV tiene o puede tener por sus nietos”, tengan en cuenta “la brecha generacional que tiene la relación Nietos – Abuela” (con 64 años de edad).

Destaca que, en este caso, previo a la adopción de la decisión de adoptabilidad se demostró “la incapacidad que tenía la abuela materna de garantizar los derechos fundamentales de los menores, hechos estos que la señora LBV no acepta, pues siempre indica que ella trabaja para mantener a sus nietos, aunado a que no cuentan con vivienda adecuada, su situación

económica es precaria y no garantiza una crianza adecuada a los menores, dada su condición de adulto mayor y demás factores psicosociales”.

Estima que “salvo mejor opinión, esta Personería no evidenció ninguna violación al debido proceso y al derecho que tanto la señora LBV y los menores GU, tienen a una familia, como lo pretende hacer ver la accionante y confirma más bien un deseo de su abuela que se resiste a perder a sus nietos en proceso de adopción, sin tener en cuenta que los menores GU, requieren y deben tener la oportunidad de una familia que les garantice además de amor, la integralidad de todos sus derechos para ser personas felices y de bien”.

En consecuencia, en su parecer, las autoridades públicas han actuado conforme a derecho dentro del proceso de restablecimiento de derechos de los menores GU y, por tanto, no se ha materializado afectación alguna a sus derechos fundamentales.

Respuesta de la Procuraduría Sesenta y Uno Judicial II de Familia de Bogotá

Mediante escrito del 2 de mayo de 2019, considera que, a pesar de que no pudo acceder al expediente del proceso de restablecimiento de derechos de los menores GU, en el presente caso la solicitud de la accionante de hacerse cargo de los menores fue omitida injustificadamente.

Destaca que, conforme al ordenamiento jurídico vigente, así como con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, las medidas de adoptabilidad son la última opción a la que las autoridades públicas pueden acudir, y deben tomarse únicamente en eventos extremos en los que la familia extensa no puede hacerse cargo del niño, niña o adolescente. En ese sentido, considera que “únicamente cuando se haya agotado toda la investigación orientada a establecer que NINGUNO de sus parientes tiene las condiciones para ser garantes de los derechos de los niños, es que procederá esa última medida, la adoptabilidad, pues vale recordar que esta es residual”.

En ese sentido, considera que, en este caso, la declaratoria de adoptabilidad de los menores GU desconoció sus derechos a permanecer en familia pues tanto el ICBF, como el juzgado de familia accionado se abstuvieron de realizar un estudio pormenorizado de las condiciones de la ahora accionante y se limitaron a indicar que, por su elevada edad y sus precarias condiciones económicas, no era apta para ejercer la custodia de los menores. Estima que el

hecho de que se trate de una mujer de 64 años y de escasos recursos económicos no es razón suficiente para restringirle la posibilidad de velar como garante de sus nietos y que éstos no son argumentos que puedan ser usados para dar lugar a la separación del núcleo familiar.

En conclusión, indica que, a partir del material probatorio al que tuvo acceso, no es posible concluir que la medida de adoptabilidad haya sido necesaria, pues no se brindó a la ciudadana LBV la oportunidad de superar las presuntas condiciones de riesgo que genera a los menores.

Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Cundinamarca, Centro Zonal Facatativá

Mediante escrito del 3 de mayo de 2019 reconoce que si bien la señora LBV es la abuela paterna de los hermanos GU, considera que ésta no les ha propiciado, de ninguna manera, los medios para acceder a unas condiciones mínimas que aseguren su calidad de vida.

Destaca que: (i) los menores GU han sido objeto de trámites de restablecimiento de derechos desde el año 2006 por los graves maltratos y negligencias de las que han sido objeto por parte de la familia de origen, incluida la señora LBV; (ii) el hecho de que haya visitado a los menores de manera regular no quiere decir que la actora cuente con las condiciones para asumir de manera efectiva su custodia; y (iii) la actora desconoce que su solicitud de custodia fue desestimada pues existe un informe pericial del año 2011 en el que se señala que la actora “presenta signos y síntomas de un déficit cognitivo, que si bien le ha permitido adaptarse a medios poco exigentes, limitan su capacidad de cuidado, comunicación afectiva y asertiva, imposición de límites y normas, supervisión y adecuado manejo de la autoridad, entre otras características que son necesarias para ejercer adecuadamente el cuidado y la custodia personal de menores. La examinada LBV manifiesta adecuados lazos afectivos para con sus nietos, pese a que estos describen conductas maltratadoras por parte de ella...”. En dicho informe igualmente se precisó que los menores, aún bajo el cuidado de la accionante, han sido víctimas de descuido y negligencia.

En consecuencia, solicita que se niegue el amparo pretendido pues considera inadmisible que el juez de tutela ponga a los menores nuevamente en la situación de riesgo de la que fueron retirados después de más de 10 años de procesos administrativos de restablecimiento

de derechos.

5. Sentencia objeto de revisión

Única Instancia

La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante sentencia del 2 de mayo de 2019, “denegó” el amparo ius-fundamental solicitado, pues, en su criterio, la pretensión de la accionante no satisface el requisito de inmediatez. Consideró que la actora, sin esgrimir argumento alguno que justificara su demora, presentó solicitud de amparo el 05 de abril de 2019 en contra de una decisión judicial que se profirió el 20 de junio de 2018, esto es, cerca de 10 meses después.

6. Actuaciones en Sede de Revisión

Mediante Auto del 30 de agosto de 2019, el Magistrado Sustanciador decretó una serie de pruebas a efectos de verificar las circunstancias fácticas que circunscriben el presente caso, así como el fundamento de la pretensión de amparo; ello de manera que sea posible allegar al proceso de revisión los materiales probatorios que permitan la protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En ese sentido, se buscó obtener información sobre: (i) ¿cuál fue el trámite surtido dentro de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos adelantados por el ICBF en favor de los menores JSGU y JEGU?; (ii) ¿cuáles fueron los fundamentos en que se sustentó la decisión del Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa -Cundinamarca- que determinó homologar la Resolución No. 31 del 22 de marzo de 2018?; (iii) ¿cuáles son las condiciones actuales de vida de los menores GU?; y (iv) si la ciudadana LBV se encuentra en condiciones adecuadas para ejercer la custodia de los menores GU.

Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa -Cundinamarca-

Mediante documento allegado a este Despacho el 10 de septiembre de 2019, indicó que, como autoridad judicial que dio trámite al proceso de homologación de la Resolución No. 31 de 2018, desarrolló numerosas gestiones procesales que le permitieron resolver dentro de los términos establecidos por la Ley. Dichas actuaciones se encuentran detalladas en el documento anexo a esta decisión.

Adicionalmente, mediante correo electrónico del 12 de septiembre de 2019, el juzgado accionado hizo llegar a esta Corporación copia digital de la audiencia de fallo que tuvo lugar el 20 de junio de 2018, en la que se determinó homologar la Resolución 031 de 2018 y confirmar la declaración de adoptabilidad de los menores GU. Se aclara igualmente que los detalles de esta audiencia pueden ser observados en el documento anexo a esta providencia.

Ciudadana LBV

A través de escrito del 11 de septiembre de 2019, afirmó que, en la actualidad cuenta con 64 años de edad, vive con su hermana de 70 años de edad y sigue siendo económicamente autosuficiente pues labora en casas de familias realizando actividades de aseo general y cuenta con ingresos mensuales por aproximadamente 500.000 pesos mensuales. Indica igualmente que mientras los menores estuvieron bajo su cuidado siempre contaron con todo su cariño y nunca les faltó alimento; que si bien carecían de lujos, lo cierto es que vivían felices y tranquilos.

Expresó que, en razón a que la madre de los menores los abandonó, su hijo, el padre, se encuentra buscándola para que juntos puedan hacerse cargo de ellos. Afirma que, por este motivo, él actualmente se encuentra viviendo en Medellín; no obstante, desde dicha ciudad le envía constantemente recursos para hacer el mercado y ayudar al sostenimiento de su hogar.

Manifestó que, mientras se adelantó proceso de restablecimiento por parte del ICBF, ella estuvo visitando a los menores constantemente y ellos le pedían que no los dejara. Asevera que, ahora, siente que su vida ha perdido significado pues los niños eran su motor y, con ocasión a la decisión cuestionada, ha tenido que separarse de ellos.

Afirma igualmente que desconoce el estado actual de los menores pues el ICBF, Centro Zonal de Facatativá, se ha negado a indicarle su ubicación actual. Por este motivo, relata que la última vez que los vio fue en mayo de 2019, momento en el que evidenció que físicamente se encontraban sanos, pero estaban “muy mal de ánimo”.

Adicional a lo anterior, la accionante allegó ciertos documentos que se encuentran referidos en el anexo de esta providencia.

De otro lado, mediante oficios radicados en esta Corporación el 25 de octubre de 2019 la señora LBV manifiesta que su estado de salud es satisfactorio y que si, como lo afirma el ICBF, tiene problemas psicológicos, son por el daño que le ha causado la ausencia de sus nietos.

En relación con su capacidad económica afirma que, a pesar de que vive en condiciones humildes, tiene vivienda propia en la zona rural del municipio de Facatativá y que, adicionalmente, no solo trabaja para obtener los medios de subsistencia de su hogar, sino que su hijo (el padre de los menores) le envía recursos para que pueda terminar de asumir la totalidad de los gastos que lleguen a surgir.

Afirma que ha cuidado materialmente a los niños desde que la mama los abandonó hace cerca de 13 años y que ha luchado y seguirá luchando por ellos en contra la intención del ICBF de quitárselos. Por lo anterior, solicita a esta Corte que sus nietos le sean restituidos pues afirma que, si bien estuvo mal que se hayan salido de la casa en la noche sin supervisión, lo cierto es que se le debe permitir enmendar dicho error.

Finalmente, reprocha que el proceso de restablecimiento de derechos se tramitara en el municipio de La Mesa -Cundinamarca-, pues su familia siempre ha vivido en Facatativá; cuestión que estima hizo significativamente más gravoso el ejercicio de su derecho de defensa.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Cundinamarca, Centro Zonal de Facatativá.

Mediante oficio radicado en esta Corporación el 20 de septiembre de 2019, aseveró que el ICBF inició sus actuaciones respecto de los menores GU con ocasión a una solicitud allegada el 24 de agosto de 2006 por el Hospital San Rafael, en la que se puso de presente situaciones recurrentes de maltrato infantil y un cuadro de enfermedad diarreica aguda, motivo por el cual se determinó abrir un primer proceso administrativo de restablecimiento de derechos y se tomó, como medida de protección, la ubicación en hogar sustituto.

Indica que, en un estudio de trabajo social del 23 de abril de 2007, se indicó que a pesar del paso del tiempo, las condiciones con los padres no han mejorado pues (i) existe un total desinterés por la situación del menor, (ii) no han vuelto a visitarlo y (iii) éste no cuenta con

una red de apoyo familiar, motivo por el cual se recomendó declararlo en abandono. No obstante, manifiesta que el 6 de junio de 2007 se desarrolló una nueva visita al hogar y, como consecuencia, se determinó reintegrarlo a su núcleo familiar y terminar la medida de protección otorgada.

A partir de lo anterior, el ICBF concluye que, desde el inicio de este primer proceso administrativo, se evidenció la negligencia de los padres.

De otro lado, destaca que el 24 de septiembre de 2010, mediante oficio 004817 se recibió por el ICBF una denuncia en virtud de la cual los menores GU presuntamente se encontraban en condiciones precarias de vida, pues no contaban con servicios básicos como agua y alcantarillado y porque el papá, al formalizar otro hogar con una nueva compañera permanente, relegó su cuidado a la abuela.

Por lo anterior, la accionada afirma que verificó la situación denunciada y encontró que los derechos de los menores en efecto estaban siendo vulnerados pues eran víctimas de maltrato por negligencia, así como de abandono físico y emocional por parte de sus progenitores y su abuela, quienes no ejercían el cuidado de los menores de manera permanente y oportuna. Por lo anterior, el 21 de octubre de 2010 se realizó una diligencia de allanamiento y rescate de los menores GU, y, posteriormente, fueron ubicados en un hogar sustituto.

Destaca que a partir de la anterior diligencia se evidenció el “alto nivel de negligencia y vulneración de derechos en que se encontraban los niños, a consecuencia de que su vivienda se construyó con paredes en tablas de madera, techo plástico y piso en tierra”, cuestión que estima reforzada en el hecho de que “las condiciones habitacionales e higiénicas eran lamentables, toda vez que no contaban con servicios básicos esenciales como acueducto y alcantarillado”.

Indica que mediante Resolución No. 018 del 20 de abril de 2011 se decidió mantener la medida de ubicación en hogar sustituto, pues: (i) pudieron constatar que el proceso de aprendizaje de los menores estaba retrasado en razón a que estaban desescolarizados; (ii) la abuela, quien ejercía el cuidado de los menores, era analfabeta y había practicado la mendicidad; y (iii) el padre se mostró negligente y desinteresado por el bienestar de los menores.

Con ocasión a la insistencia de la ciudadana LBV, se solicitó una evaluación psiquiátrica forense por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien, el 21 de junio de 2011, concluyó que la accionante padecía de signos de deterioro cognitivo que limitan su capacidad de ejercer un adecuado cuidado y custodia de los menores.

Por todo lo anterior, el ICBF profirió la Resolución 041 del 08 de septiembre de 2011 en la que se declaró en condición de adoptabilidad a los menores JEGU y JSGU y se decretó la privación de la patria potestad; decisión que fue homologada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Facatativá el 22 de noviembre de 2011.

Considera que el relato realizado demuestra que es evidente la condición de vulnerabilidad de los menores y que, tanto los padres, como la accionante, representan un riesgo para estos, motivo por el cual solicita negar el amparo solicitado.

Adicional a lo anterior, la accionante allegó los documentos que corresponden a los procesos de restablecimiento de derechos de JEGU y JSGU y que se encuentran referidos en el anexo de esta decisión.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Cundinamarca, Centro Zonal de La Mesa.

Mediante oficio radicado en esta Corporación el 20 de septiembre de 2019, informó a esta Corporación judicial que, además del trámite objeto de estudio, los menores GU ya habían pasado por dos procesos administrativos de restablecimiento de derechos en el 2006 y 2011, motivo por el cual, de las diligencias realizadas hasta el momento, estima claro que ni los progenitores, ni la familia extensa, reúnen las condiciones para garantizar el cuidado que requieren, pues carecen de: (i) recursos económicos estables; (ii) la capacidad de implementar pautas protectoras que garanticen sus derechos; y (iii) las herramientas para su cuidado.

Destaca que tanto el padre, como la actora, tuvieron dificultades en (i) el empoderamiento de sus roles, (ii) manejo de autoridad, (iii) establecimiento de límites y (iv) manejo adecuado de los vínculos afectivos, motivo por el cual la señora LBV, a pesar de haber mostrado interés por proteger a sus nietos, no cuenta con la edad, ni las calidades para poder contribuir a su formación y orientación. Lo anterior, sumado a que se afirma que la accionante practica la

mendicidad, considera que se constituye en motivos suficientes para concluir que los menores estarían en un inminente riesgo de caer en esta práctica a su lado.

Por todo lo anterior, considera que existieron suficientes razones de hecho y de derecho para determinar la condición de adoptabilidad de los menores GU y que, por tanto, no se vulneró derecho fundamental alguno.

Finalmente, aclara que los documentos solicitados serían allegados por el Centro Zonal de Facatativá, pues allí reposa el expediente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en sede de revisión en relación con el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política de Colombia, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

Del material probatorio allegado por las partes y recaudado por esta Corporación en Sede de Revisión, fue posible constatar que los menores GU han sido sujetos de tres procedimientos de restablecimiento de derechos (iniciados en los años 2006, 2010 y 2016) en los que el ICBF, ante la presunta negligencia de sus padres y núcleo familiar extenso, ha procurado por adoptar diversas medidas que permitan el efectivo restablecimiento de sus derechos.

En ese contexto, con ocasión al procedimiento de restablecimiento iniciado en el año 2010 el Juzgado Promiscuo de Familia de Facatativá concluyó, mediante sentencia del 16 de marzo de 2012, que los menores debían ser restituidos a su núcleo familiar en razón a que (i) su padre se encuentra dispuesto a asumir el cuidado requerido, (ii) la familia extensa, conformada por la tía y abuela paterna, se ha mostrado receptiva a otorgar el apoyo que sea necesario para la efectiva garantía de los derechos de los menores, (iii) las denuncias en virtud de las que se inició el procedimiento de restablecimiento de derechos carecían de fundamento, pues tendían a reprochar el que la situación económica de la familia debía ser concebida como un factor de riesgo para los menores y (iv) a pesar de que, con ocasión a los

estudios de psicología practicados, se concluyó que la abuela paterna contaba con una serie de problemas en virtud de los cuales no era idónea para ejercer el cuidado de los menores, esta situación no se muestra relevante pues es el padre quien ejercerá personalmente su custodia.

Ahora bien, en el año 2016 el ICBF Regional Cundinamarca, Centro Zonal Facatativá recibió la denuncia realizada por la Policía Nacional en virtud de la cual se informó que el menor JSU fue hallado el 25 de julio de 2016 en las horas de la noche, deambulando solo por las vías rurales, sin haber comido y, presuntamente, como víctima de maltrato físico.

Ante lo ocurrido, el ICBF inició nuevamente las investigaciones preliminares establecidas en el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 y evidenció que el menor (i) se encontraba desescolarizado, (ii) no vivía con sus padres biológicos, sino que habitaba únicamente con su abuela paterna, unas primas y su hermano, pues su tía, quien era la persona que presuntamente lo cuidaba, falleció hace cerca de dos meses, (iii) en su hogar desempeñaba labores de cuidado que no eran propias de su edad, (iv) carecía de los controles de salud que corresponden a su edad y desarrollo, (v) no había comido recientemente, (vi) afirmaba ser sujeto de “regaños” y maltratos constantes y (vii) carecía de hábitos adecuados de aseo e higiene. Adicionalmente, al encontrar que el menor contaba con un hermano, se decidió vincularlo al proceso pues se consideró que probablemente se encontraba en las mismas condiciones.

Por lo anterior, dentro de este nuevo procedimiento de restablecimiento de derechos el ICBF determinó la necesidad de decretar, como medida provisional, que los menores fueran internados en un hogar sustituto, pues se consideró que la familia biológica podía suponer un riesgo para su desarrollo.

Por su parte, la señora LBV desplegó numerosas actuaciones en virtud de las cuales pretendió que le retornaran a sus nietos, pues, en su criterio, lo que sucedió fue un malentendido en virtud del cual el niño tenía permiso para trasladarse a la casa de su ahora fallecida tía, pero que, en el trayecto, éste se quedó en la calle y ella presumió que se encontraba en aquel lugar. De otro lado, afirma que si bien es cierto que los niños no estaban escolarizados, ello sucedió en razón a que el padre de los menores planeaba mudarse con ellos al Tolima y matricularlos en una institución educativa de dicho lugar, pero que como

ello no ocurrió, se quedaron sin estudiar ese año.

El ICBF intentó notificar en múltiples ocasiones al padre de los menores quien, a pesar de los numerosos intentos, inicialmente se abstuvo de hacerse parte del proceso y reclamar el cuidado de sus hijos.

A partir de diversas valoraciones por psicología y trabajo social que se hicieron a la señora LBV, se evidenció que la actora se encuentra en “etapa de ciclo vital personal Vejez”, que se “caracteriza por un declive gradual del funcionamiento de todos los sistemas corporales”, cuestión que, sumada a (i) la diferencia generacional; (ii) las falencias en sus metodologías de crianza (que se manifiestan en la negligencia que ha mostrado en el cuidado de los niños, quienes se afirma carecen de hábitos de aseo e higiene); y (iii) su inestable situación económica que la lleva a poner a sus nietos en el riesgo de ejercer la mendicidad, la hacen inidónea para ejercer la custodia de los menores.

En dichas valoraciones se concluyó que (i) “aunque existe un fuerte vínculo afectivo entre los niños y su abuela LBV, no se identifican en ella los factores mínimos de protección para asumir su custodia y cuidado, por lo que es necesario realizar la vinculación de otros integrantes del medio familiar al proceso de atención” y (ii) a pesar del evidente “vínculo afectivo que existe entre ellos y su abuela paterna a quien identifican como figura materna (...) el afecto no es la única condición necesaria para su protección y cuidado, por lo que deben pensar que es lo mejor no solo en este momento sino también para su futuro”.

El 23 de noviembre de 2016 la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Facatativá, expidió resolución mediante la cual solicitó la ampliación del término para resolver sobre la situación de los menores GU, petición que fue resuelta mediante memorando del 16 de diciembre de 2016, en la que se dio concepto favorable a la ampliación de términos solicitada, previendo, para el efecto, que los términos ser extenderían desde el 26 de noviembre de 2016, esto es, desde el momento en que culminaron los 4 meses con que se contaba para decidir.

Mediante Resolución 012 del 26 de enero de 2017 la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Facatativá, declaró la vulneración de los derechos de los menores GU y dispuso mantener como medida de protección su ubicación en hogar sustituto. A través de un oficio del 2 de marzo de 2017 se decidió cambiar la medida para trasladar a los menores, de la

familia sustituta en que se encontraban a una fundación en el municipio de La Mesa - Cundinamarca, remitiendo el conocimiento del asunto a la Defensoría de Familia de dicha municipalidad.

Esta Sala evidenció que si bien el padre de los menores se presentó ante el ICBF el 17 de noviembre de 2017 con el objetivo de reclamar la custodia de sus hijos, lo cierto es que los profesionales de trabajo social no lograron evidenciar su capacidad para asumir un rol paterno adecuado, en cuanto manifestó consumir múltiples sustancias psicoactivas y, después de esta actuación, el padre de los menores se desentendió por completo del procedimiento de restablecimiento de derechos.

Con ocasión al seguimiento realizado a los menores, el 20 de marzo de 2018 se consideró que la señora LBV, además de que carece de las habilidades parentales adecuadas para asumir la custodia de sus nietos (sustentando su afirmación en las valoraciones realizadas con anterioridad), tampoco se encuentra realmente comprometida con el proceso de los menores, pues no ha asistido a los talleres de padres y, si bien se ha presentado a varias visitas familiares, lo ha hecho fuera del horario establecido para el efecto, motivo por el cual no se le ha permitido verlos.

Con ocasión al seguimiento realizado dentro del procedimiento de restablecimiento de derechos, el 22 de marzo de 2018 se profirió la Resolución 031 en la que se decidió (i) declarar a los menores en situación de adoptabilidad, (ii) confirmar la medida de ubicación en medio institucional y (iii) terminar la patria potestad de los padres, pues éstos se han desentendido por completo del cuidado y custodia de sus hijos, y porque, si bien la señora LBV se ha mostrado interesada en ejercer su custodia, lo cierto es que carece de “la edad”, “los recursos económicos”, y “las calidades que se requieren para ayudar en la formación y orientación” de los menores, pues, al ejercer la “mendicidad”, los expone a esta práctica.

Con ocasión a lo decidido, el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- asumió conocimiento del trámite de homologación y resolvió confirmar la Resolución 031 de 2018 en todas sus partes, pues evidenció que (i) el abandono de los padres era evidente pues la madre nunca se presentó al proceso y se apersonó del mismo, y el padre, a pesar de estar vinculado y haber participado en un ocasión dentro del trámite, se desentendió completamente de éste y nunca más volvió a intervenir, ni a visitar a sus hijos; (ii) no existe

familia extensa que tenga la voluntad y capacidad de ejercer adecuadamente el cuidado de los menores, pues si bien la actora afirma querer asumir la custodia de los mismos, lo cierto es que ésta no ha ofrecido garantía alguna de que se encuentre en la capacidad de ejercerla, más aún cuando desde el proceso de restablecimiento de derechos efectuado entre el año 2010 y 2012 se concluyó que la señora LBV cuenta con un deterioro cognitivo que limita su capacidad para ejercer el cuidado y custodia de los menores y, por tanto, no es la persona idónea para el efecto.

De otro lado, en relación con la idoneidad de la accionante para ejercer la custodia, consideró que si bien la abuela paterna ha expresado que quiere asumir la custodia y les brinda afecto, ésta no cuenta con la idoneidad requerida para ejercer esta función, pues (i) ha recurrido a prácticas de crianza maltratante, (ii) es negligente y (iii) ejerce la mendicidad.

A pesar de lo anterior, la accionante, como abuela de los menores, ha seguido pendiente de los mismos y ha continuado en insistir en que no solo le permitan visitarlos sino también ejercer su custodia, pues ella afirma estar dispuesta a garantizar todas sus necesidades y darles el afecto y cariño que necesitan.

Con ocasión a esta insistencia, el ICBF optó por indicarle a la accionante que la determinación de adoptabilidad produjo la terminación de la patria potestad de los padres, así como de la custodia de los menores por parte de su familia biológica. Por este motivo, le manifestó a la actora que no solo es improcedente su pretensión de que le devuelvan a los menores, sino que también encuentra limitada su posibilidad de seguir visitándolos.

En concordancia con lo expuesto, corresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resolver la situación jurídica de la ciudadana LBV quien considera desconocidos sus derechos fundamentales y los de sus nietos con ocasión a la decisión de determinarlos en condición de adoptabilidad al desestimarla como una integrante del núcleo familiar con la capacidad de ejercer la custodia de los menores.

De acuerdo con los hechos descritos, así como con la situación recién expuesta, corresponde a la Sala Novena de Revisión establecer, en primer lugar, si en el caso en concreto ¿se satisfacen a cabalidad los requisitos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales?, al respecto vale la pena aclarar que los requisitos exigibles para el efecto habrán de ser valorados bajo el

presupuesto del interés superior del menor.

Una vez superado el anterior estudio, deberá darse respuesta al siguiente problema jurídico: ¿Se configuró un defecto fáctico que vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y a tener una familia y no ser separado de ella de la señora LBV y de sus nietos, con ocasión a la valoración probatoria que llevó a que estos últimos fueran declarados en condición de adoptabilidad en razón a que la accionante presuntamente carece de la idoneidad requerida para ejercer la custodia?

Para solucionar este interrogante, la Sala procederá a realizar un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de providencias judiciales; (ii) el interés superior del menor y la necesidad de adoptar medidas positivas que permitan su prevalencia; (iii) el proceso de restablecimiento de derechos a menores de edad; y (iv) la adoptabilidad como última ratio en la garantía de los derechos de un menor de edad; para, así, resolver el caso concreto.

3. Procedencia Excepcional de la Acción de Tutela en contra de Providencias Judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La procedencia de una acción de tutela que se presenta por la presunta vulneración ius-fundamental en una providencia judicial, ha sido un fenómeno de amplio y constante desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación. Al respecto, inicialmente se expuso una tesis en virtud de la cual, el análisis y procedencia de este tipo de acciones debía encontrarse siempre supeditado a la existencia de una evidente y protuberante vía de hecho en el desarrollo del trámite judicial.

En este sentido, la Corte Constitucional inicialmente reconoció la procedencia excepcional de la acción de tutela, como mecanismo para privar de sus efectos a providencias de carácter jurisdiccional, siempre y cuando, fuera posible determinar que la decisión cuestionada hubiera sido proferida por fuera del ordenamiento jurídico y como producto de un desconocimiento abierto y ostensible de preceptos constitucionales y legales (vía de hecho).

3.2. Con todo, la jurisprudencia de esta Corporación reemplazó esta tesis por las que fueron denominadas como “causales genéricas y específicas de procedibilidad”, de manera que, siempre y cuando se encuentren configurados dichos requisitos, se haga válida la injerencia

del juez de tutela y se justifique la cesación de los efectos de la providencia jurisdiccional atacada.

3.2.1. A continuación, se realizará una somera enunciación de los que han sido reconocidos por la jurisprudencia, como los “requisitos generales de procedibilidad”, los cuales, deben verificarse en su totalidad para que se pueda proseguir en el estudio del problema jurídico planteado. Al respecto, en sentencia C-590 de 2005 se realizó la enunciación que a continuación se desarrolla:

* Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, esto es, que suponga la afectación de los derechos fundamentales del actor.

- Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius-fundamental de carácter irremediable.

- Que se cumpla el requisito de la inmediatez.

En relación con este requisito, se ha entendido por la jurisprudencia de esta Corte que siendo la acción de tutela un mecanismo que permite obtener la protección de las garantías de más alta envergadura dentro del ordenamiento jurídico, es necesario que quien acude a ella, lo haga dentro de un plazo razonable que sea fiel testigo de la gravedad del asunto y de la trascendencia de la afectación que se alude. Lo anterior, so pena de afectar intereses jurídicos de terceros que han consolidado ya sus situaciones jurídicas y en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.

Con todo, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que en razón a que no existe un plazo fijo de caducidad para la presentación de la acción, el término de “inmediatez” debe ser valorado en el caso en concreto, esto es, a la luz de parámetros de proporcionalidad y teniendo en cuenta tanto las particularidades de la situación que circunscribe al actor, como aquellas en las que se enmarca su pretensión. Lo anterior, de forma que sea posible verificar el que la acción haya sido ejercido dentro de un “plazo razonable”.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, pueden surgir eventos en los que, a pesar de un paso muy prolongado del tiempo entre la conducta que se reputa vulneradora y el momento

en que el ciudadano acudió a la acción de tutela, se podría considerar, a priori, que este requisito se ve insatisfecho; no obstante, como se indicó anteriormente, a partir de un estudio de la situación fáctica que permea el caso es posible flexibilizar su estudio concluir que se encuentra satisfecho cuando:

- i) Exista una razón que justifica o explica la demora en acudir a la tutela, esto puede ser a partir de a) la ocurrencia de una situación constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor, b) la existencia de un límite en las posibilidades reales del actor de impetrar el amparo o c) el surgimiento de un hecho sobreviniente que cambie de manera drástica las condiciones del actor y que permita entender que la acción se presentó dentro de un plazo razonable de la ocurrencia del nuevo hecho;
- ii) La situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra el actor hacen que resulte desproporcionado exigirle haber acudido a la tutela con mayor celeridad; o
- iii) La vulneración respecto de la que se busca el amparo ius-fundamental es actual y sus efectos nocivos se han extendido en el tiempo.

En conclusión, esta Corte ha reconocido que la exigencia de inmediatez, en materia de tutela contra providencia judicial, lo que busca es garantizar un accionar razonable de la tutela que impida que ésta termine constituyéndose en una afronta desproporcionada a la seguridad jurídica y que permita reprochar la negligencia y el descuido en su ejercicio.

- Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte accionante.
- Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- Que no se trate de sentencias de tutela.

Lo anterior, de forma que, una vez el juez constitucional ha verificado el cumplimiento de los requisitos recién referidos, es posible que éste entre a analizar la supuesta vulneración ius-fundamental que se le atribuye a la providencia judicial atacada y, así, llegar a reestablecer

el orden jurídico presuntamente afectado por ella.

La procedencia de la tutela en contra de este especial tipo de actuaciones jurisdiccionales ha sido desarrollada bajo el argumento de que no es plausible concebir que el respeto a los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada y autonomía judicial, se erijan como una institución que deba ser sacramentada y dogmatizada al punto de hacer inmutables las decisiones judiciales que contraríen el ordenamiento jurídico vigente. Pues se ha considerado que, por el contrario, la judicatura tiene la obligación de velar por la efectiva materialización de su fin último, esto es, la justa aplicación del derecho y, por tanto, sus decisiones también deben encontrarse sujetas al especialísimo y excepcional control que se hace desde la Constitución.

3.2.2. Adicional al cumplimiento de los anteriores requisitos, se ha expresado por esta Corporación que existe la necesidad de que, en la providencia que se reputa vulneradora de derechos fundamentales, se evidencie la configuración de al menos uno de los siguientes requisitos específicos o “defectos” como han sido denominados por la jurisprudencia:

- * “Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- * Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- * Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- * Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- * Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- * Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que

precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

* Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

* Violación directa de la Constitución.” (negrillas fuera del texto original)

3.3. Por su parte, el defecto fáctico parte de la existencia de irregularidades en la decisión judicial cuestionada que surgen con ocasión a deficiencias probatorias del trámite impartido y que tuvieron la virtualidad de transformar por completo la decisión adoptada. Así, el desarrollo de este defecto busca evitar que los jueces se separen por completo de los hechos adecuadamente probados u opte por tomar una determinación que carezca por completo de sustento fáctico.

Así, este defecto se materializa en los eventos en los que una autoridad judicial cimienta su decisión en argumentos que carecen de suficiente apoyo probatorio, ya sea porque (i) valoró una prueba que no se encontraba adecuadamente recaudada, (ii) al estudiarla, llegó a una conclusión “por completo” equivocada; (iii) se abstuvo de darle valor a elementos probatorios determinantes que eran parte del litigio o (iv) se negó a practicar ciertas pruebas sin justificación.

Con todo, no es posible olvidar que los operadores de justicia, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales cuentan con un amplio margen de apreciación para valorar los elementos de juicio que sean puestos en su conocimiento y, así, formarse libremente su convencimiento. En ese orden de ideas, el único límite con el que cuentan los jueces para valorar las pruebas que sean puestas en su conocimiento, radica en el respeto de los postulados de la razonabilidad que deben circunscribir todas las actuaciones públicas, así como en los principios de la “sana crítica”; de manera que sea posible evitar valoraciones caprichosas o arbitrarias que desdigan el fin último de la administración de justicia.

En ese orden de ideas, cuando un juez de tutela analiza la posible configuración de un defecto fáctico, en vez de realizar un análisis exhaustivo del material probatorio obrante en

el expediente, debe limitarse a verificar que la actividad probatoria del juez no haya desconocido los elementos mínimos de razonabilidad que le son exigibles.

En ese sentido, el juez de tutela, en principio, debe respetar la autonomía del juez natural y reconocer que las diferencias que puedan surgir de la apreciación de una prueba no pueden calificarse, en sí mismas, como errores en la valoración fáctica. En consecuencia, para la configuración del defecto fáctico se requiere de la ocurrencia de un error (i) ostensible, (ii) flagrante, (iii) manifiesto y que, adicionalmente, (iv) tenga una incidencia directa y determinante en la decisión, ya que el juez de tutela no puede convertirse en una instancia evaluadora de la actividad del juez ordinario.

En consecuencia, el defecto fáctico se materializa cuandoquiera que una autoridad judicial adopte una decisión que carece del sustento probatorio requerido o cuando precisamente a partir de su omisión deliberada de valorar ciertos elementos de juicio, le fue imposible arribar a la materialidad de los hechos en debate.

3.4. En lo atinente al defecto por desconocimiento del precedente judicial, se ha aclarado que éste se configura en los eventos en los cuales, por vía jurisprudencial, esta Corporación ha definido el alcance de un determinado derecho fundamental y, el funcionario judicial accionado, no solo optó por desconocer el precedente sentado, esto es, la regla de decisión establecida, sino que lo hace sin agotar la carga argumentativa que corresponde para estos eventos.

Al respecto, esta Corte ha desarrollado el concepto de “precedente judicial” y ha entendido que éste se encuentra conformado por “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Con todo, esta Corte ha entendido que no todo el contenido de una decisión constituye “precedente”, sino únicamente lo que ha sido denominado como “ratio decidendi” de la misma, esto es, la regla que da fundamento a la decisión adoptada en el caso en concreto.

Ahora bien, a pesar de que, a la luz del artículo 230 Superior, la “jurisprudencia” no es vinculante para la función de los jueces, lo cierto es que cuando se trata de las decisiones de la Corte Constitucional, su condición de interprete auténtico de la Constitución y de guardián de la misma, llevan a que el alcance que le otorga a un determinado contenido normativo

deba ser respetado por las distintas autoridades judiciales en sus decisiones, pues, “[c]uando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan [directamente] la Constitución”, en cuanto terminan aplicándola en contravía a su sentido real.

A pesar de lo anterior, en Colombia se encuentra permitida la posibilidad de que, dada una motivación suficientemente clara y rigurosa, un juez se separe de los lineamientos desarrollados por esta Corporación en materia de control concreto de constitucionalidad (tutela), bien sea por: “(i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.”

De este modo, para que una autoridad judicial pueda separarse de un precedente de esta Corporación es necesario que, en primer término, reconozca su existencia y, adicionalmente, despliegue las razones que justifican su inaplicación en el caso que sometido a su conocimiento.

En consecuencia, el defecto por desconocimiento del precedente propende porque exista coherencia al interior del sistema jurídico en la aplicación de los criterios que dan sustento a las decisiones judiciales en los eventos en los que se resuelven casos similares a los decididos con anterioridad y en virtud de los cuales se definió, en relación con una situación fáctica en específico, cómo debe aplicarse o interpretarse adecuadamente una determinada norma jurídica.

3.5. En lo que respecta a la excepcionalidad en la procedencia de este mecanismo frente a providencias jurisdiccionales, es pertinente resaltar lo indicado por esta Corporación en sentencia C-590 de 2005:

“(…) como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales y esto por varios motivos. Entre ellos, en primer lugar, el hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la

jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático.”

3.6. Ahora bien, no es posible perder de vista que los conceptos de “autonomía judicial” y “arbitrariedad judicial” distan sustancialmente en sus connotaciones, por lo que es necesario entender que los jueces, en su labor, se encuentran tan vinculados por los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico, como cualquier otra autoridad estatal y, por ello, no solo carecen de autorización para desconocer los preceptos Constitucionales que lo rigen, sino que, al igual que los demás servidores públicos, se encuentran compelidos a obedecerlos.

Como corolario de lo anterior, es menester resaltar que tal y como se expuso en sentencia C-590 de 2005, la tutela en contra de providencias judiciales se constituye en “una garantía excepcional, subsidiaria y autónoma para asegurar, cuando todos los recursos anteriores han fallado, que a las personas sometidas a un proceso judicial no les violen sus derechos constitucionales fundamentales. No se trata entonces de garantizar la adecuada aplicación del resto de las normas que integran el sistema jurídico o de los derechos que tienen origen en la ley”.

4. El interés superior del menor y la necesidad de adoptar medidas positivas que permitan su prevalencia

En el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 consagra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes como derechos autónomos, especiales y respecto de los cuales, se prevé que, ante una colisión, prevalecerán sobre los derechos de los demás.

La prevalencia anteriormente referida, denominada como “interés superior del menor” fue desarrollada en el Código de la Infancia y la Adolescencia y ha sido entendida como un “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”; esto es, un imperativo con ocasión al que, en toda actuación administrativa o judicial que tenga la virtualidad de afectar los intereses de un menor, deberá adoptarse la medida que permita, de mejor manera, garantizar sus derechos fundamentales, especialmente cuando sus intereses entren en colisión con los de cualquier otra persona. Así, en el artículo 9 se establece la precisión expresa de que: “En 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”.

Ahora bien, en el campo internacional tanto en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 prevén entre sus disposiciones, un contenido similar al anteriormente descrito y en virtud del cual los intereses de los menores no solo deberán ser consultados al momento de adoptar medidas que puedan afectarlos, sino que, en caso de que entren en colisión, prevalecerán sobre los de los demás.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es necesario tener en cuenta que esta primacía no solo se constituye en un principio interpretativo para resolver lagunas o antinomias jurídicas, sino que debe ser concebido como un derrotero que guíe el accionar de la población y, en específico, de las autoridades Estatales; de forma que, a la luz de sus postulados, se propenda siempre por adoptar las medidas que permitan la efectividad de sus derechos en la mayor medida posible.

Acompasado con lo anterior, esta Corte en Sentencia T-510 de 2003, expresó que cuando se hace referencia al “interés superior del menor” es necesario que éste sea entendido como un trato en virtud del cual se tengan en cuenta las condiciones particulares de cada niño, niña o adolescente y, con ocasión al cual, no se generalice a éste en abstracto lo que puede ser concebido como “favorable”, sino que se atienda la situación concreta de cada menor para fijar lo que, en cada caso en concreto, constituye este principio.

De otro lado, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en destacar que, cuandoquiera que el niño, niña o adolescente, en razón a su edad y madurez, se encuentra en la capacidad de formarse un juicio propio sobre el asunto que le compete o afecta, el interés superior del menor sólo puede entenderse materializado en estos casos a partir valorar su opinión sobre lo que constituye su voluntad.

En ese sentido, los niños, niñas y adolescentes tienen un verdadero derecho a que se les permita expresar, de manera libre, sus opiniones sobre los asuntos que los afectan y a que esta opinión sea tenida en cuenta cuandoquiera que tengan la madurez necesaria para comprender razonablemente la situación.

Sobre el particular, en Sentencia T-276 de 2012 se consideró:

“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”.

En consecuencia, el interés superior del menor, entendido como un principio que guía el accionar de las autoridades Estatales, propende porque, al momento de tomar una determinación que pueda afectar los intereses de un niño, niña o adolescente: (i) se tengan en cuenta y evalúen las opciones o medidas que, en mejor manera, permiten la satisfacción efectiva de sus derechos, incluso si éstos entran en colisión con los derechos de terceros; y (ii) que al momento de adoptar estas determinaciones se valore la opinión del menor, siempre que éste cuente con la madurez necesaria para formarse su propio criterio al respecto.

5. El Proceso de Restablecimiento de Derechos a los Niños, Niñas y Adolescentes

5.1. Generalidades y medidas de protección.

El ordenamiento jurídico colombiano, además de prever una serie de prerrogativas especiales en cabeza de los menores de edad y de establecer que sus derechos gozarán de una posición preponderante en relación con los de los demás, ha creado medidas o procedimientos de carácter expedito y célere para asegurar que, dado el caso en el que estos sean desconocidos, sea posible restablecer la situación y garantizar su efectivo ejercicio.

Así, el proceso de restablecimiento de derechos contemplado en la Ley 1098 de 2006 (Ley de la Infancia y la Adolescencia) se constituye en el conjunto de actuaciones administrativas y/o judiciales que permiten la restauración de los derechos de los menores que han sido desconocidos con el obrar de las instituciones públicas, una persona o, incluso, su propia familia.

Se trata de un trámite que comienza en, sede administrativa, como una competencia exclusiva de los Defensores y Comisarios de Familia para investigar la presunta vulneración o

amenaza de los derechos de un niño, niña o adolescente y adoptar, de manera expedita, las medidas que correspondan para que sea posible superar la eventual situación de desprotección en que se encuentra. Con todo, se destaca que esta competencia puede ser asumida por las autoridades jurisdiccionales de familia, previa la materialización de ciertas circunstancias especiales establecidas en la Ley.

Vale la pena llamar la atención en que el elemento “expedito” con el que se debe garantizar el restablecimiento y, en general, la efectividad de los derechos de los menores, se muestra como una manifestación misma de la prevalencia de sus intereses, la cual se materializa en los restrictivos y taxativos términos con los que el Legislador quiso que este tipo de procedimientos fueran resueltos.

Así, el texto original de la Ley 1098 de 2006 (previo a la modificación introducida por la Ley 1878 de 2018) dispuso que, para garantizar a cabalidad la protección de los intereses de los menores, las autoridades administrativas de familia contaban con un plazo inicial de cuatro meses, que excepcionalmente y, previa solicitud justificada, era prorrogable por dos meses más, sin que en ningún evento resulte admisible una decisión por fuera de estos términos, es decir, fuera del plazo máximo de seis meses.

Sobre el particular, resulta importante tener en consideración que el procedimiento se entiende iniciado con la decisión de apertura del proceso, y culmina con la adopción de una decisión que resuelva si efectivamente se vulneraron los derechos del menor y adopte una medida de restablecimiento de las establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 que permita superar la situación evidenciada; estas son: (i) la amonestación de los padres o las personas responsables del cuidado del menor con asistencia obligatoria a curso pedagógico, (ii) el retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y la ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado, (iii) la ubicación inmediata en medio familiar, (iv) la ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso, (v) la adopción y (vi) promover las acciones policivas administrativas o judiciales a que haya lugar. Además de las anteriores, podrá (vii) aplicar las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

Adicionalmente, las autoridades cuentan con la posibilidad de adoptar medidas provisionales como lo es la “ubicación en hogar sustituto” para permitir que, en los casos en que el menor carezca de una red familiar que permita su cuidado, sea posible brindarle los cuidados y atenciones que requiere mientras se resuelve de forma definitiva sobre su situación jurídica.

5.2. Seguimiento a las medidas adoptadas.

Ahora bien, en el evento en el que se determine la vulneración de los derechos de un menor, la autoridad de familia deberá desplegar un seguimiento a la medida de restablecimiento de derechos que decreta, pues, en principio, éstas tienen una naturaleza eminentemente temporal y transitoria (excepto la adoptabilidad) y, por tanto, con su implementación se debe propender porque se restablezca, al interior del núcleo familiar, un ambiente de afecto en el que se garanticen los derechos del menor.

A través de este seguimiento se busca evaluar la eficacia de la medida adoptada y, si es necesario, (i) revocarla, tras estimarse superada la situación que le dio fundamento, o (ii) modificarla, para ajustar las medidas de protección a la situación particular del menor y de su núcleo familiar; con todo, en el evento de que se evidencie la imposibilidad de la familia de asumir realmente el cuidado del menor, deberá tomarse la medida definitiva de “adoptabilidad” para permitir que, si la familia biológica no garantiza sus derechos, el menor cuente con la posibilidad de acceder a un medio familiar alternativo que sí cuente con la capacidad de hacerlo.

Se destaca que la celeridad anteriormente referida del trámite de restablecimiento de derechos también se ha entendido predicable de las medidas de seguimiento, pues, en aras de garantizar el interés superior del menor, las autoridades cuentan con el deber de resolver definitivamente su situación de la manera más efectiva y rápida posible, de forma que sea factible evitar que el proceso de restablecimiento pueda constituirse en un factor de vulneración de los derechos que se pretende proteger.

Así, el texto actual del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006 (modificado por la Ley 1955 de 2019) dispone un plazo máximo de seis (06) meses en los que las autoridades administrativas deberán realizar el seguimiento de las medidas que adopten y establece igualmente que, en casos excepcionales, dicho término sería prorrogable, en una única ocasión, por seis (06) meses más. En ese orden de ideas, la norma en mención refiere que,

en la actualidad, el procedimiento de restablecimiento de derechos y el seguimiento de las medidas que, como producto de él, puedan ser adoptadas, tendrá una duración que no podrá exceder los dieciocho (18) meses contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa.

Se destaca que, para reforzar la obligatoriedad de estos términos, la misma norma dispone que, cuando quiera que éstos se adviertan desconocidos, la autoridad administrativa “perderá competencia de manera inmediata y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que este decida de fondo la situación jurídica”.

Con todo, se resalta que si bien lo anteriormente expuesto se deriva de la redacción actual del artículo 103 de la Ley 1098 de 2006, la Sala estima pertinente traer a colación que el texto original de esta normativa se abstuvo de plantear límites de carácter temporal para el ejercicio de la competencia de seguimiento, y, por tanto, dicho estatuto no contempla el paso del tiempo en el ejercicio de esta función como una causal de pérdida de competencia que pueda derivar eventualmente en una nulidad de lo actuado.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación, en Sentencia T-741 de 2017 reconoció que ello no es justificante para que los procesos de restablecimiento de derechos puedan ser prolongados indefinidamente pues, de conformidad con los lineamientos desarrollados por el ICBF para el efecto, es necesario que, en el momento de adoptar una determinación en la que se concluyan vulnerados los derechos de un niño, niña o adolescente, se disponga un plazo expreso para su seguimiento, cuyo desconocimiento, si bien como se dijo, no tiene la virtualidad de afectar su competencia, sí puede llegar a generar responsabilidades disciplinarias.

En ese sentido, en la sentencia anteriormente referida se concluyó que lo anterior toma fundamento en que la garantía del interés superior del menor y, en general, sus derechos fundamentales obliga a “los jueces y funcionarios administrativos a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, especialmente tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.”

5.3. La adoptabilidad y su homologación como única medida de restablecimiento definitiva.

Finalmente, dado el evento en el que no fue posible asegurar que la familia se convierta en garante de los derechos del niño, niña o adolescente, la autoridad administrativa deberá declarar la condición de adoptabilidad de los mismos, y ésta decisión, de ser cuestionada por las partes del proceso, será puesta en conocimiento del juez de familia para que, mediante un proceso de control de legalidad denominado como “homologación” determine si avala o revoca la determinación acogida y hace definitiva la terminación de la patria potestad entre el menor y sus padres biológicos.

Para ello, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido la necesidad de que, dentro del trámite de la homologación, el juez evalúe por lo menos si (i) el procedimiento administrativo adelantado se ajustó a los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, y, además, (ii) la decisión emitida se constituye en un mecanismo de protección con el interés superior del niño, niña o adolescente involucrado.

De ahí que se haya considerado que el juez de homologación, por un lado, funge como autoridad que realiza el control de legalidad de las actuaciones desplegadas por las autoridades administrativas de familia y, de otro lado, actúa como garante de la efectividad de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, para así, asegurar que la decisión a adoptar en verdad tenga como justificación permitir consolidar el interés superior del menor en el caso en concreto.

5.4. En conclusión, el procedimiento de restablecimiento de derechos se constituye en el conjunto de actuaciones que se han previsto por la Ley para que el Estado, en cumplimiento de sus deberes constitucionales y obligaciones internacionales, pueda garantizar la efectividad de los derechos de los menores de edad de una manera célere y eficaz.

6. El derecho fundamental de los niños, niñas o adolescentes a tener una familia y la “adoptabilidad” como última ratio para su garantía

El artículo 44 de la Constitución dispone expresamente que, entre los derechos fundamentales de los que son especialmente titulares los niños, niñas o adolescentes se encuentra la posibilidad de “tener una familia y no ser separados de ella” en virtud de la cual a todo niño le asiste una especial prerrogativa a desarrollarse en un medio que propicie su crecimiento armónico e integral en un medio de amor y cariño; con todo, debe aclararse que este especial derecho propende porque los menores no solo encuentren un garante de sus

condiciones biológicas básicas, esto es, alguien que satisfaga sus necesidades de supervivencia y sostenimiento, sino que, además, debe ser concebido como una institución que busca hacer posible su desarrollo personal al interior de la sociedad y supone que, en las relaciones entre sus miembros, debe primar el afecto y un trato fraternal de cuidado.

Esta Corporación en sentencia C-997 de 2004 reconoció que el derecho a la familia de los menores de edad: “implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”.

Así, es de destacar que cuando un niño, niña o adolescente carece de una familia que le garantice estos elementos mínimos, ya sea por desaparición, abandono o cualquier otra causa, surge una obligación en cabeza del Estado de no solo propiciar las condiciones para que éste pueda tener un desarrollo integral, sino que también le implica convertirse en garante de su cuidado y protección.

Ahora bien, en desarrollo del derecho anteriormente referido, el Estado cuenta con la carga de desplegar la totalidad de actuaciones que estén a su disposición para lograr que el núcleo familiar en que se desarrolla el niño, niña o adolescente pueda garantizar autónomamente su cuidado (para ello se desarrolla el procedimiento de restablecimiento de derechos referido en el acápite anterior), pero, con todo, en los eventos en los que ello no sea posible, el ordenamiento jurídico ha previsto que la institución de la adopción surge como excepción y garantía de los derechos de los menores a tener una familia.

Resulta pertinente poner de presente que la adopción, como mecanismo de restablecimiento de derechos, tiene una naturaleza extraordinaria y excepcional que supone un uso razonado de esta facultad, pues se trata de una medida sumamente drástica que implica la separación de un menor y su familia biológica; cuestión que no solo contraviene, en principio, el deber Estatal de promover y conservar la unidad familiar, sino que tiene la posibilidad de causar efectos sumamente nocivos sobre los derechos del menor en el caso de que sea indebidamente implementada.

En ese orden de ideas, el Estado tiene la carga de verificar que realmente no exista ninguna alternativa que permita la garantía de los derechos del menor al interior del núcleo familiar y,

por ello, debe agotar todas las medidas que puedan resultar idóneas para permitir la adecuación del ambiente familiar, a unos estándares mínimos para el desarrollo de los menores. Así, la anterior tarea supone no solo que los padres del menor se encuentran imposibilitados de efectuar esta garantía, sino que, adicionalmente, el núcleo familiar extenso, compuesto por los abuelos, tíos y demás familiares biológicos del menor, no se encuentra en la capacidad o cuenta con la disposición de hacerlo.

Sobre el particular, esta Corporación, mediante Sentencia T-044 de 2014 recordó que no cualquier hecho o circunstancia que pueda haber ocurrido tiene la virtualidad de justificar la separación de un menor respecto de su núcleo familiar y, en ese sentido, debe materializarse una situación con tal nivel de trascendencia que amerite una intervención tan drástica por parte del Estado.

En ese sentido, se identificó que algunos ejemplos de situaciones dramáticas que justifican claramente la separación de un menor pueden ser: la existencia de (i) claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del niño o la niña; (ii) abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (iii) circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena protección, es decir: abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Por el contrario, en aquella ocasión se determinó de igual manera que existen un conjunto de circunstancias que no pueden ser consideradas como suficientes para justificar una decisión de adoptabilidad, como se da en el evento en el que: (i) la familia biológica es pobre; (ii) los miembros de la familia biológica no cuentan con educación básica; (iii) los integrantes de la familia biológica ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor; o (iv) los padres o familiares tiene mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

En consecuencia, la adopción se constituye en una medida de protección de derechos de carácter excepcional en virtud del cual el Estado, únicamente en los eventos en los que se constata la imposibilidad de que los menores permanezcan en su núcleo familiar biológico (cuestión que incluye la posibilidad de acudir a la familia extensa), puede tomar la decisión de separarlos de éste y garantizar que puedan conformar una familia diferente que les permita hacer efectivo ejercicio de sus derechos.

III. CASO CONCRETO

1. Recuento Fáctico

La ciudadana LBV solicita se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso y a la familia, así como los de sus nietos JEGU y JSGU, de 13 y 14 años de edad respectivamente, con ocasión a que el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa -Cundinamarca-, mediante sentencia del 20 de junio de 2018 decidió homologar la Resolución 31 de 2018 en la que el ICBF, Centro Zonal La Mesa, estableció la condición de adoptabilidad de los menores GU y, por tanto, los retiró definitivamente de su núcleo familiar.

Reprocha el hecho de que el juzgado la desestimó injustificadamente como posible cuidadora de sus nietos, muy a pesar de que ella, como miembro de la familia extensa, está dispuesta a asumir su custodia y a satisfacer sus necesidades biológicas y afectivas.

2. Estudio de procedencia

Como primera medida se abordará el análisis de procedencia de la protección invocada a la luz de los requisitos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte para avalar la excepcional intervención del juez constitucional cuando la acción de tutela se presenta en contra de una decisión judicial.

La Sala considera que la totalidad de los requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional se encuentran acreditados en el caso en concreto, tal y como se pasará a exponer a continuación:

1. 2.1. Relevancia constitucional: en cuanto lo que busca la accionante no es solo cuestionar la decisión atacada, sino obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso y, además, garantizar su derecho propio, y el de sus nietos menores de edad, a tener una familia y a no ser separado de ella.

2.2. Legitimación por activa: en razón a que la persona que formuló la solicitud de amparo constitucional objeto de estudio es la ciudadana LBV, quien acude personalmente con el objetivo de obtener la protección de sus derechos fundamentales y los de sus nietos JEGU y JSGU, respecto de los que se encuentra acreditado en el expediente que es su abuela paterna.

2.3. Inmediatez: al respecto, se llama la atención en que el principal motivo por el que el juez de tutela decidió declarar la improcedencia del amparo, radicó precisamente en la presunta falta de inmediatez con la que la actora acudió a este especial mecanismo de protección, pues consideró que la decisión judicial cuestionada tuvo lugar el 20 de junio de 2018 y la solicitud de protección fue presentada el 05 de abril de 2019, esto es, cerca de 10 meses después.

Con todo, la Sala considera que si bien, como lo evidenció el juez de amparo, existió un lapso de tiempo significativo entre la decisión presuntamente vulneradora y la solicitud de amparo, lo cierto es que, en este caso, la accionante, con ocasión a su desconocimiento del derecho y de las formalidades que lo caracterizan, continuó visitando a los menores y desplegando actuaciones administrativas con el objetivo de lograr demostrar que cuenta con las condiciones para ejercer la custodia de sus nietos y, así, lograr su efectiva restitución.

Lo anterior, se puede observar en las reiteradas solicitudes que fueron presentadas por la actora ante las autoridades que custodiaban a los menores y en las que se puede observar que, lejos de haber algún tipo de negligencia o desidia en su obrar, la actora pretendió reclamar, a través de los medios que consideró adecuados, la garantía de sus derechos y los de sus menores nietos.

La Sala estima pertinente poner de presente que, para desarrollar el estudio en cuestión, es necesario que se tenga en cuenta que a este especial mecanismo de protección constitucional acude una mujer de la tercera edad de muy escasos recursos económicos y que no solo carece de la posibilidad de contratar un abogado que gestione sus intereses, sino que, además, no cuenta con los conocimientos técnicos y especializados requeridos para hacerlo por cuenta propia; cuestión que se considera limita su posibilidad de agenciar materialmente la defensa jurídica de sus intereses y los de sus nietos.

De otro lado, se destaca que la actora, en su condición de sujeto de especial protección constitucional acude, no solo en defensa de sus derechos fundamentales, sino también propende por la garantía de aquellos que se encuentran en cabeza de sus nietos a tener una familia y a no ser separados de ella, quienes igualmente tienen la condición de sujetos de especial protección.

Así las cosas, con ocasión a la importancia de los intereses en discusión, entre los que se

encuentran los derechos de tres sujetos de especial protección constitucional, esta Sala realizará un estudio flexible del requisito de inmediatez, de forma que se dé primacía a la materialidad de los derechos presuntamente afectados, respecto de las formalidades propias del proceso.

Finalmente, se destaca que la presunta afectación a los derechos de los menores a estar juntos con su familia continúa vigente incluso en la actualidad, en cuanto éstos no han podido volver a tener visitas por parte de su abuela paterna y han tenido que cortar, por completo, lazos con ella. Por lo expuesto, a pesar del paso del tiempo, resulta indispensable que el juez constitucional verifique si efectivamente los derechos de los menores han sido desconocidos con ocasión al accionar cuestionado, pues éste, de manera irremediable, terminó por separarlos de su núcleo familiar.

De conformidad con lo anterior, y a la luz de un estudio que tome en consideración las particularidades del caso, la Sala estima que este requisito se encuentra satisfecho, pues (i) no resulta posible predicar que la actora haya sido negligente al momento de propender por la efectiva garantía de sus derechos, (ii) con ocasión a su especial condición de vulnerabilidad, resulta desproporcionado exigirle un accionar más expedito y (iii) porque la afectación respecto de la que solicita protección es continúa vigente y surtiendo efectos.

2.4. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa: en razón a que la actora participó en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y en el trámite de homologación que se surtió ante el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca-, en ellos, manifestó, hasta el último momento, su inconformidad con el hecho de que se desestimara su capacidad para ejercer el cuidado y custodia de los menores. Al respecto, se destaca que, contra esta decisión no proceden recursos ni medios de defensa alternativos a la presente acción, por lo que la actora únicamente dispone de la tutela como medio de protección.

2.5. Que se identifiquen de manera razonable los hechos y derechos en que se funda la pretensión: Sobre el particular la Sala considera que si bien la actora no estructuró, en sentido estricto, un cargo en contra la decisión judicial que cuestiona, esto es, uno que se concretara en alguno de los “defectos” desarrollados por la jurisprudencia constitucional sobre la materia, lo cierto es que sí manifestó con claridad los motivos en que cimienta su

inconformidad respecto de la decisión judicial objeto de estudio.

Así, la actora puso en conocimiento del juez constitucional el desconcierto que le generó el hecho de que la autoridad judicial de homologación desestimara su aptitud para ejercer la custodia de los menores, muy a pesar de que ella no solo se siente en capacidad de ejercerla, sino que afirma contar con los medios y la disposición para hacerlo.

En concordancia con lo expuesto preliminarmente en este acápite, para la Sala resulta claro que exigirle a la accionante (una mujer de la tercera edad que carece de los medios y los conocimientos para ejercer adecuadamente una defensa técnica) estructurar un defecto propiamente dicho, podría constituirse en una carga desproporcionada que termine por imponerle una barrera a la efectiva protección de sus derechos fundamentales. Por este motivo, la Sala considera que este requisito se encuentra satisfecho en cuanto, de los motivos de inconformidad que esgrime en su escrito de tutela resulta evidente que la actora cuestiona es el fundamento fáctico y probatorio en virtud del cual se le desestimó como posible cuidadora de sus nietos.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si en efecto se estructuró un defecto fáctico que justifique la excepcional intervención del juez constitucional en el presente asunto.

2.6. No se cuestiona una decisión de tutela, pues la decisión presuntamente vulneradora ocurrió al interior de un trámite de homologación de una decisión de adoptabilidad dictada por el ICBF.

2.7. No se aduce ninguna “irregularidad procesal”, motivo por el cual resulta innecesario determinar los efectos que pueda tener.

De conformidad con lo recién estudiando, para la Sala resulta claro que la acción de tutela formulada por la ciudadana LBV en defensa de sus intereses y los de sus nietos menores de edad, resulta procedente en este caso por reunir la totalidad de los requisitos exigibles para el efecto; por tanto, a continuación se desarrollará el estudio de fondo de su pretensión.

3. Análisis de la vulneración ius-fundamental.

3.1. De acuerdo con los lineamientos legales y jurisprudenciales expuestos, así como con los

supuestos fácticos que circunscriben la litis objeto de análisis, se procederá a estudiar el caso particular de la ciudadana LBV y de los menores JEGU y JSUGU con el objetivo de determinar si se configuró la alegada vulneración de sus garantías ius-fundamentales.

Resulta pertinente recordar que el Estado Colombiano, a través de sus autoridades de Familia, (el ICBF y los juzgados de familia que controlan su accionar), tiene la responsabilidad de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que puedan verse desconocidos con ocasión a la ausencia de un núcleo familiar que permita su garantía o ante la existencia de uno que los ponga en riesgo. Por lo anterior, en ejercicio de esta responsabilidad, el Estado tiene la carga de verificar minuciosamente las circunstancias particulares en que se encuentra un menor de edad y, en el evento de considerar que éstas representan un riesgo para su desarrollo, deberá adoptar las medidas que correspondan para permitir la superación de la situación.

En ese sentido, si bien para la Sala resulta igualmente claro que cuandoquiera que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el menor surja con ocasión a un insuperable abandono físico o psicoafectivo que lo somete a un alto nivel de riesgo o peligro y, en ese orden de ideas, se hace necesaria una intervención severa por parte del Estado (adoptabilidad), se muestra igualmente diáfano que este tipo de decisiones deben estar cimentadas fáctica y jurídicamente en propender por la garantía del interés superior del menor y no pueden desconocer el contexto real en el que éste se encuentra.

3.2. Ahora bien, en relación con el caso de los menores GU, para la Sala Novena de Revisión es evidente que los padres biológicos de los mismos en realidad se abstuvieron de ejercer sus deberes parentales y de garantizarles el cuidado que requieren, pues (i) su madre los abandonó definitivamente desde que tenían poco más de un año y (ii) el padre, a pesar de haber sido notificado del proceso y de saber en dónde y en qué condiciones se encontraban sus hijos, se abstuvo de visitarlos y únicamente se acercó ante las autoridades competentes en dos ocasiones (a pesar de que el trámite de restablecimiento de derechos duró cerca de 2 años).

En ese orden de ideas, la decisión de determinar la vulneración de los derechos de los menores GU tomada por el ICBF, Centro Zonal de Facatativá (luego modificada por el Centro Zonal de La Mesa) y del Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca-,

encuentra asidero fáctico suficiente y, por tanto, no será escrutada en mayor medida.

No obstante lo anterior, el remedio administrativo y judicial escogido es lo que se cuestiona por parte de la accionante, pues si bien, con ocasión a las pruebas y estudios practicados por el ICBF se llegó a la convicción de que los padres de los menores los sometían a un riesgo que no tenían por qué soportar, lo cierto es que, previo a determinar la condición de adoptabilidad de los mismos, el Estado tenía la carga de evaluar y de descartar la posibilidad de tomar alguna otra de las medidas establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, esto es, para el caso específico de los menores GU, desvirtuar la posibilidad de que algún miembro de la familia extensa, en específico su abuela paterna, pudiera y tuviera la voluntad de hacerse cargo de los menores, para así, garantizar de esa manera sus derechos y evitar que resultaran separados por completo de su núcleo familiar.

3.3. Ahí es donde aparece el cuestionamiento de la actora, pues, a pesar de que el ICBF, en varios estudios determinó que ella contaba con ciertos problemas que dificultaban su posibilidad de ejercer la custodia de los menores, lo cierto es que, en las decisiones que determinaron la adoptabilidad de los mismos, únicamente se reprocha que la accionante:

i. i. Carece de recursos económicos estables que le permitan garantizar el sostenimiento de los menores, pues, presuntamente, practica la “mendicidad” y los pone en riesgo de caer en la misma conducta.

ii. ii. Cuenta con una muy elevada edad (64 años), cuestión que, en razón a la brecha generacional existente, limita sus capacidades físicas para ejercer el cuidado de sus nietos.

iii. iii. De conformidad con un informe de psiquiatría realizado por medicina legal el 25 de junio de 2011 se concluyó que a) presenta síntomas de déficit cognitivo que “limita su capacidad de cuidado”; no obstante lo anterior, en el mismo informe se manifiesta que b) carece de algún trastorno de personalidad que resulte psiquiátricamente relevante. Por lo anterior, se indicó que c) requiere de “seguimiento por psicología”.

iv. iv. Con ocasión al seguimiento por psicología y trabajo social realizado, se determinó que carece de la idoneidad requerida para ejercer la custodia y cuidado de los menores, pues, tiene limitada su capacidad de ejercer autoridad y de establecer límites a los menores; cuestión que consideran se evidencia en la presunta tendencia de la actora a ejecutar

prácticas de “crianza maltratantes”, como a) el uso esporádico de violencia física y verbal, o b) la negligencia en el cuidado, pues se consideró que, bajo su custodia, los menores carecían de hábitos adecuados de higiene y aseo.

A continuación la Sala procederá a hacer un análisis de los argumentos que justificaron desestimar a la accionante como una familiar con la capacidad de ejercer la custodia de sus nietos y que llevaron a las autoridades de familia a concluir la condición de adoptabilidad de los menores GU. Lo anterior, de forma que sea posible verificar si las reclamaciones de la actora se encuentran fundadas y, por tanto, deberá dispensarse la protección que reclama o no.

3.3.1. En primer lugar, se considera necesario poner de presente que, del análisis del material probatorio allegado al expediente y recolectado en sede de revisión no se evidenció que las accionadas lograran desvirtuar afirmaciones de la accionante relativas a que, a pesar de su edad, continúa laboralmente activa y no solo se procura por sí misma los recursos básicos de subsistencia, sino que, además, recibe ingresos adicionales producto de lo que su hijo le brinda para ayudar a su sostenimiento. Así, a pesar de que las autoridades de familia recalcaron insistentemente en que la accionante vivía de lo que lograba recolectar del ejercicio de la “mendicidad”, lo cierto es que esta situación está lejos de encontrarse acreditada y, en ese orden de ideas, debe ser entendido como un hipotético que carece de la virtualidad de afectar sus intereses y los de los menores.

Con todo, para la Sala resulta diáfano que, como se indicó en la parte considerativa de esta decisión, cualquier argumento que se cimiente en la limitada capacidad económica de la familia biológica para justificar la necesidad de separarla de sus menores, no solo resulta insuficiente para demostrar una real afectación a los intereses del niño, niña o adolescente, sino que se constituye en un criterio sospechoso de discriminación, pues permitiría supeditar la posibilidad de que una familia críe a sus hijos, a los recursos económicos con que cuenten y, de esa manera, no solo se profundizarían las desigualdades sociales existentes, sino que se eliminarían por completo factores a los que el ordenamiento constitucional le ha dado mayor importancia, como el afecto y el cariño que debe primar en las relaciones de familia.

A lo anterior, se hace necesario agregar que si en verdad las autoridades de familia llegan a evidenciar que la inestabilidad económica de la accionante podría afectar la vida en

condiciones dignas de sus nietos, lo cierto es que, dentro de sus facultades en materia de restablecimiento de derechos, cuentan con la posibilidad de brindar asesoría y capacitaciones a quienes ejercerán el cuidado, de manera que puedan acceder a los diversos beneficios y subsidios que han sido desarrollados por el Estado y que permitirían la superación del estado de vulnerabilidad evidenciado (sin que necesariamente deba separarse el núcleo familiar).

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que, en relación con la inestabilidad económica de la accionante, el juzgado accionado no solo incurrió en un defecto (i) fáctico pues a) partió de premisas de hecho que carecen absolutamente de sustento probatorio, y b) llegó a conclusiones por completo equivocadas de su valoración; sino que también (ii) por desconocimiento del precedente constitucional, en razón a que omitió numerosos pronunciamientos de esta Corporación en los que, al momento de valorar la capacidad económica de una persona como criterio para determinar su idoneidad para ejercer el cuidado de un menor, se concluyó que ésta se constituye en un elemento de juicio que no tiene la virtualidad de desvirtuarla y que, por tanto, no puede servir de sustento para una decisión de adoptabilidad.

Cuestión a la que se suma el hecho de que existían otras medidas que se debieron haber adoptado antes siquiera considerar la posibilidad de la adoptabilidad.

3.3.2. En lo relacionado con la edad de la accionante se considera necesario poner de presente que, en el caso sub-examine, no resulta completamente evidente cómo su edad tiene la virtualidad de obstaculizar sus capacidades de cuidado pues, en las valoraciones realizadas, únicamente se hace referencia en genérico a su estado de “vejez” para determinar que requiere de cuidados y que no se encuentra en la capacidad de brindarlos.

Sobre el particular, para la Sala se muestra claro que estas valoraciones se fundan en concepciones abstractas de las implicaciones de la “vejez” y no encuentran sustento fáctico en la situación particular de la señora LBV, pues, en ellas, únicamente se refiere a la edad de la accionante como un factor limitante de su capacidad de cuidado y constitutivo riesgo para los menores, desconociendo flagrantemente las afirmaciones de la actora relacionadas con que ella continúa trabajando en oficios domésticos y practicando la agricultura, cuestiones que no sólo no fueron desvirtuadas, sino que permiten inferir precisamente lo contrario, esto

es, que, a pesar de su edad, cuenta con la capacidad de continuar activa y desarrollar las labores propias del cuidado de sus nietos.

De otro lado, se destaca que el juzgado accionado, al partir de la premisa de que las personas de la tercera edad no pueden, por esta condición, ejercer el cuidado y custodia de un menor, crea un criterio objetivo que limita el concepto mismo de familia y desconoce, una realidad social vigente y en virtud de la cual múltiples núcleos familiares se encuentran conformados precisamente entre menores de edad y sus abuelos.

En ese orden de ideas, en el caso de la señora LBV se evidencia que la autoridad judicial accionada incurrió un nuevo defecto fáctico por indebida valoración probatoria (en la modalidad de arribar a una conclusión irrazonable de un hecho y se abstuvo de darle valor a elementos probatorios determinantes que eran parte del litigio) pues, concluyó que la edad de la actora (64 años) implica que carece de las aptitudes físicas y mentales para ejercer el cuidado requerido por los menores y, en ese sentido, cimienta su decisión en una apreciación abstracta de edad de una persona como límite a sus capacidades de cuidado. Cuestión que se considera desconoce la totalidad del material probatorio obrante en el expediente, en virtud del cual la actora acredita que condiciones particulares de vida sí le permiten ejercer el cuidado de sus nietos.

Ahora bien, con lo expuesto esta Corte no pretende desconocer que, dadas las particularidades de un caso en concreto, las autoridades administrativas y judiciales de familia puedan llegar a concluir que una persona, a partir de su edad y los efectos que ésta ha tenido sobre sus condiciones de vida, carece de las capacidades reales para fungir como cuidador de un menor; pero, con todo, se resalta que esta conclusión debe estar fundada en la evaluación de la situación particular de quien pretende ejercer el cuidado y no en la edad como un criterio objetivo.

3.3.3. Respecto del estudio por psiquiatría realizado el 25 de junio de 2011 y que es esgrimido tanto por las Defensorías de Familia accionadas, como por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- para justificar la falta de idoneidad mental de la accionante como cuidadora de los menores, esta Corte considera pertinente poner de presente dos aspectos en concreto:

i. i. Como se indicó con anterioridad, el estudio al que se hace alusión, si bien determinó que

la actora contaba con cierto “déficit” cognitivo, lo cierto es que se abstuvo de determinar si éste en realidad podía obstaculizar sus capacidades de cuidado; motivo por el cual, al encontrar que no existían trastornos de personalidad que resultaran relevantes para la psiquiatría, remitió a que se hicieran las valoraciones por psicología correspondientes.

. La evaluación realizada tuvo lugar en el año 2011, esto es, hace más de 8 años y, en la actualidad, su idoneidad para fijar, con un criterio técnico y científico, el estado de salud mental de una persona se muestra escasa; sobre todo si se tiene en cuenta que este tipo de dictámenes deben reflejar el estado actual del paciente. Así, para la Sala resulta inadmisibles considerar que, en razón a que una persona fue dictaminada en algún momento con un trastorno o afectación en su salud mental, es posible presumir que éste persiste indefinidamente.

En ese orden de ideas, bajo las premisas recién esbozadas, la Sala considera claro que la autoridad judicial accionada, al realizar el examen en mención, concluyó erradamente que éste se constituía en un medio idóneo de prueba para demostrar la incapacidad mental de la accionante para ejercer la custodia de sus nietos, pues -éste (i) no dictamina expresamente la presencia de un trastorno psiquiátrico en virtud del cual resulte razonable inferir esta situación, ni (ii) refleja las condiciones actuales de salud mental de la accionante, pues se trata de un dictamen que cuenta con más de 8 años de antigüedad.

Por lo anterior, se estima que si bien las diferencias que puedan surgir en la apreciación de una prueba no pueden calificarse, en sí mismas, como errores, lo cierto es que, en este caso resulta manifiestamente desacertado concluir que, a partir del dictamen referido, puede considerarse acreditada, desde el año 2011, la incapacidad mental de la accionante para ejercer la custodia de los menores y, en ese orden de ideas, se considera que esta premisa carece del sustento probatorio requerido.

3.3.4. Ahora bien, a partir de las múltiples valoraciones por psicología realizadas a la accionante y a sus nietos, se consideró igualmente que la ésta carecía de la idoneidad requerida para ejercer la custodia de éstos, pues tenía la tendencia a realizar prácticas de crianza “maltratante”.

Al respecto, en primer lugar, se hace necesario resaltar que las presuntas prácticas “maltratantes” no se encuentran debidamente acreditadas dentro del expediente, pues

existe una gran inconsistencia entre las diversas declaraciones realizadas sobre este asunto.

Esto pues, en algunas se afirma que los menores aducen que (i) los “golpean” en su hogar; y en otras que (ii) los “regañan” mucho. Adicionalmente, en la evaluación por psicología realizada el 26 de julio de 2016, se indica que el menor JEGU (iii) “no manifiesta en ningún momento durante la entrevista acontecimiento de maltrato ni negligencia por parte de su abuela paterna”; y, en la entrevista realizada el 12 de septiembre de 2016 por la Defensoría de Familia, los menores manifiestan que (iv) su abuela es quien los cuidaba y que no solo ella no los golpeaba, sino que quieren retornar con ella.

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se aceptara que, en efecto, la actora recurría eventualmente al ejercicio de este tipo de prácticas, resulta importante recordar que, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, la adoptabilidad tiene un carácter eminentemente extraordinario y excepcional y, por tanto, no cualquier hecho o circunstancia que pueda considerarse como nocivo para el desarrollo de los menores de edad tiene la capacidad de justificar su separación del núcleo familiar, pues, para el efecto, debe tratarse de una situación extrema que implique un claro riesgo a la vida, integridad o salud del menor; a manera de ejemplo, se ha reconocido que el abandono o el abuso físico, sexual o psicológico son claros motivos que justifican la separación de un núcleo familiar.

En ese orden de ideas, para la Sala resulta claro que, en el presente caso, cuando en los estudios y valoraciones de psicología se habla de que la actora realiza “prácticas de crianza maltratantes”, éstas, lejos de constituir un conducta que pueda ser caracterizada como un abuso físico o psicológico de los menores que tenga la entidad de significar un riesgo para los mismos, se constituyen en prácticas propias del contexto socio cultural de la familia que pueden ser superadas a través de medidas alternativas a la adopción, pues, en los informes, se hace referencia a que la abuela presuntamente, a manera de regaño, los golpeaba con un “palo” en la mano o les ponía “pimentón en la boca” para lograr que se levantaran.

Así, esta Corte considera que, sin la pretensión de justificar alguna forma de violencia en los espacios familiares, resulta completamente desproporcionado pensar en que el desarrollo de estas prácticas tenga la virtualidad de imposibilitarla para ejercer el cuidado y custodia de sus nietos, más aún cuando este tipo de conductas pueden ser superadas a través de capacitaciones o campañas de concientización que le permitan a la actora tomar conciencia

sobre la necesidad de adoptar medidas de corrección alternativas.

Por lo anterior, se considera que no solo el ICBF tenía la carga de propender por superar este tipo de prácticas a través de cualquier otra de las medidas de restablecimiento de derechos existentes en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, sino que el juzgado accionado no podía concluir la ausencia de idoneidad de la actora a partir de éstas, pues, como se indicó de forma antecedente, de ellas resulta irrazonable derivar esa conclusión, pues se considera que descartar la idoneidad de un miembro de la familia extensa para ejercer el cuidado de los menores, y, en consecuencia, imponer la separación del núcleo familiar, a partir de un reproche a su condición socio-cultural, desconoce por completo la materialidad de los hechos acreditados, su ausencia de gravedad y la posibilidad de superarlos a través de otros medios.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que el desarrollo de las denominadas “prácticas de crianza maltratante” no se constituye en una problemática insuperable que, por sí sola, justifique la ausencia de idoneidad de la accionante para ejercer el cuidado de sus nietos y, en consecuencia, amerite la imposición de una medida tan drástica como la adoptabilidad.

3.4. En conclusión, para la Sala se muestra claro que si bien, como se indicó inicialmente, los derechos de los menores GU en efecto fueron desconocidos con ocasión al abandono de sus padres, la medida de restablecimiento tomada por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de La Mesa y la homologada realizada por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa - Cundinamarca-, vulneraron los derechos de la accionante y de sus nietos a tener una familia y no ser separados de ella, pues configuraron un error ostensible, flagrante, manifiesto y, que tuvo una incidencia determinante en la decisión, pues se fundó: (i) valoraciones de los supuestos fácticos acreditados que resultaban por completo irrazonables y equivocadas; (ii) en hechos que carecían del sustento probatorio que correspondía; o que (iii), simplemente, no servían como premisas que justificaran la adopción de la determinación cuestionada.

En ese sentido, para la Corte, la presunta incapacidad de la señora LBV para ejercer el cuidado y custodia de sus nietos JEGU y JSUG carece por completo de sustento fáctico y probatorio, pues se encuentra fundada en: (i) la condición económica de la accionante, (ii) su edad (sin tener en consideración sus condiciones reales de existencia), (iii) su presunta falta de idoneidad para ejercer la custodia, la cual encontraba sustento en unos estudios de psiquiatría desactualizados y que realmente no ponían en discusión sus aptitudes mentales, y

(iv) el desarrollo de presuntas “prácticas de crianza maltratante” que podían ser superadas a través de medidas alternativas de restablecimiento de derechos.

Así, al ser la figura de la adoptabilidad una medida de última ratio, la Sala considera que, en efecto, se materializó, en la decisión cuestionada, un defecto fáctico que justifica la intervención excepcional del juez constitucional.

Por lo anterior, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional decide REVOCAR la sentencia del dos (02) de mayo de diecinueve (2019) proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que “denegó” el amparo ius-fundamental invocado por considerar que la accionante, al acudir al presente mecanismo de protección incumplió con el requisito de inmediatez que es exigible de este tipo de acciones.

En ese sentido, se dispone CONCEDER la protección solicitada al derecho fundamental al debido proceso de la ciudadana LBV, como mecanismo de garantía del derecho de los menores GU a tener una familia y a no ser separados de ella, respecto de la Sentencia dictada el veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- y en la que se homologó su condición de adoptabilidad.

Con el objetivo de materializar la protección otorgada, se dispone DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca-, en tanto incurrió en defecto fáctico al fundamentar su decisión en hechos que carecían del sustento probatorio que correspondía y, ORDENAR que esta misma autoridad, en el término establecido por la Ley 1098 de 2006, resuelva sobre la homologación de la determinación de adoptabilidad de los menores GU, teniendo en cuenta que su decisión, en concordancia con esta providencia, deberá contar con el sustento fáctico y probatorio correspondiente.

Adicionalmente, se estima pertinente resaltar que, en razón a que los menores GU, por su edad, cuentan con la capacidad de formarse un criterio propio sobre la situación que los afecta, dentro de este nuevo trámite de homologación también deberá tenerse en consideración su voluntad.

Finalmente, se considera importante ADVERTIR a las Defensorías de Familia de los Centros Zonales de La Mesa y de Facatativá que, dentro del trámite de los procedimientos

administrativos de restablecimiento de derechos que desarrolle, tenga en cuenta las consideraciones de esta providencia en relación con que ni (i) la edad de quien pretende ejercer la custodia de un menor, ni (ii) la condición económica del núcleo familiar del mismo, pueden servir de justificación para separar a un niño, niña o adolescente de su núcleo familiar y, por tanto, deberán propender por adoptar medidas alternativas de restablecimiento de derechos.

Síntesis:

Corresponde a la Sala Novena de Revisión de Tutelas dar solución a la situación jurídica de la ciudadana LBV, quien considera desconocido su derecho fundamental al debido proceso, y los de sus nietos menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella, en razón a que fueron declarados en condición de adoptabilidad por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de La Mesa y el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca-.

La anterior decisión tomó sustento en que (i) los padres de los menores se desentendieron de sus obligaciones parentales y los hicieron víctimas de abandono; y, además, (ii) no existía familia extensa con la capacidad y voluntad de asumir el cuidado y custodia de los menores.

Por su parte, la accionante, en su condición de abuela paterna de los menores GU, reclama que le sea asignada la custodia de los mismos, pero su pretensión es denegada en razón a que las accionadas consideraron que carece de la capacidad para asumir, de manera idónea, el cuidado requerido, pues: (i) tiene una condición económica muy inestable, al punto de que se considera que practica la mendicidad, (ii) su edad es muy elevada (64 años), lo que se no solo genera una brecha generacional muy amplia con los menores, sino que limita su capacidad de ejercer adecuadamente las labores de cuidado, (iii) existe un dictamen del área de psiquiatría de medicina legal en el que presuntamente se cuestiona su idoneidad para ejercer la custodia, y (iv) presuntamente realiza “prácticas de crianza maltratante”.

Tras el análisis de la situación fáctica puesta de presente, la Sala consideró que la solicitud de amparo incoada es procedente pues se satisfacen a cabalidad los requisitos de:

* Relevancia constitucional, porque la accionante pretende la protección de derechos de raigambre constitucional como el debido proceso y los derechos de sus nietos menores de edad a tener una familia.

* Legitimación por activa, en cuanto la accionante acude directamente para solicitar la protección de sus derechos fundamentales y se encuentra acreditada su condición de abuela paterna de los menores GU.

* Inmediatez, pues si bien transcurrió un lapso significativo de tiempo entre la conducta presuntamente vulneradora y la presentación de la acción, lo cierto es que, como producto de la decisión cuestionada la actora considera desconocido el derecho de sus nietos a tener una familia y a no ser separados de ella y su afectación debe ser entendida como una que se encuentra vigente y produce efectos en la actualidad. De otro lado, se consideró que la actora, en razón a su desconocimiento del derecho y a partir de su incapacidad de procurarse los servicios de un abogado, realizó numerosas gestiones para obtener la restitución de sus nietos a pesar de que ya se había declarado su adoptabilidad. Por lo anterior, no puede considerarse que haya sido negligente en la gestión de sus derechos y los de sus nietos.

* Agotar todos los medios ordinarios de defensa, en razón a que, la actora participó tanto en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, como en el judicial de homologación y, en cada ocasión, manifestó su inconformidad con el hecho de que le negaran la posibilidad de ejercer la custodia de sus nietos. Adicionalmente, se evidencia que no existen más medios administrativos ni judiciales de defensa a los que pueda acudir.

* Identificar los hechos y derechos en que se funda la pretensión, puesto que, si bien la actora no estructuró un cargo específico en contra de la sentencia que cuestiona, esto es, no refirió ninguno de los defectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia, lo cierto es que sí manifestó su inconformidad con los motivos por los que las autoridades de familia concluyeron que carecía de idoneidad para ejercer el cuidado y custodia de sus nietos, estructurándose así un cargo por presunto defecto fáctico.

* No se cuestiona una decisión de tutela.

* No se aduce ninguna “irregularidad procesal”.

Ahora bien, en relación con el fondo de lo pretendido, la Sala evidenció que, en el presente caso, es claro que los padres de los menores GU en efecto se desentendieron de sus obligaciones parentales y, por tanto, los menores se encuentran con sus derechos vulnerados a partir del abandono que sufrieron.

No obstante, esta Corte recuerda que el decreto de una medida de restablecimiento de derechos como la adoptabilidad supone la imposibilidad de que, al interior del núcleo familiar (dentro del que se encuentra incluida la familia extensa), se garanticen los derechos del menor; motivo por el cual era necesario que el juzgado accionado desplegara todas las actuaciones a su disposición para lograr verificar que, en efecto, la medida resultaba indispensable para la protección de los intereses de los menores GU, entre eso, que no existiera ningún familiar con la disposición y capacidad de ejercer su custodia.

Ahora bien, como se indicó inicialmente, el juzgado accionado optó por concluir que, a pesar del interés de la accionante de ejercer el cuidado de los menores, ésta era inidónea para el efecto, pues carecía de la capacidad física y mental requerida.

Con todo, el reclamo de la accionante radica precisamente en su inconformidad respecto de esta determinación y, por tanto, la Corte estudió los hechos y argumentos en los que el juzgado sustentó su decisión y encontró que ésta carecía por completo del sustento fáctico y probatorio necesario, pues se estaba fundamentada en que la accionante presuntamente:

- * Carece de estabilidad económica. Este criterio, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, no puede ser concebido como un argumento que determine la capacidad de cuidado de una persona y justifique la declaratoria de adoptabilidad de un menor .

- * Por su edad, es físicamente incapaz de ejercer el cuidado de los menores. Al respecto, se consideró que la accionada partió del entendimiento de la edad como un criterio abstracto y objetivo que determina la imposibilidad de una persona de ejercer el cuidado de un menor de edad, desconociendo flagrantemente las condiciones reales de existencia de la actora.

- * Carece de las aptitudes mentales para ejercer la custodia. La Sala evidencia que esta conclusión encuentra sustento en unos estudios de psiquiatría que: (i) realmente no ponen en discusión las aptitudes mentales de la accionante, y (ii) se encuentran desactualizados, pues tuvieron lugar hace más de 8 años.

- * Realiza “prácticas de crianza maltratante”. Se consideró que si bien el desarrollo de este tipo de prácticas en efecto tiene la virtualidad de afectar los derechos de los menores, se considera que éstas, en el caso en concreto, no pueden ser consideradas como constitutivas de un abuso físico de tal entidad que amerite la separación de los menores de su núcleo

familiar y, en ese sentido, pueden ser superadas a través de múltiples otras medidas de restablecimiento de derechos.

En conclusión, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional decide revocar la decisión de instancia que “denegó” el amparo ius-fundamental pretendido y, en su lugar, conceder la protección a los derechos fundamentales de la ciudadana LBV y de sus nietos, los menores GU. Lo anterior, en el sentido de (i) dejar sin efectos la decisión judicial cuestionada y (ii) ordenar al Juzgado Promiscuos de Familia de La Mesa -Cundinamarca- que, realice nuevamente el trámite de homologación y, para el efecto, tenga en cuenta los criterios desarrollados en esta providencia.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del dos (02) de mayo de diecinueve (2019) proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que “denegó” el amparo ius-fundamental invocado por considerar que la accionante, al acudir al presente mecanismo de protección incumplió con el requisito de inmediatez que le es exigible a este tipo de acciones. En consecuencia, CONCEDER la protección solicitada al derecho fundamental al debido proceso de la ciudadana LBV, como mecanismo de garantía del derecho de los menores GU a tener una familia y a no ser separados de ella, con ocasión a la Sentencia dictada el veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- y en la que se homologó su condición de adoptabilidad.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca-, en tanto incurrió en defecto fáctico al fundamentar su decisión en hechos que carecían del sustento probatorio y fáctico que correspondía.

TERCERO.- ORDENAR al Juzgado Promiscuo de Familia de La Mesa -Cundinamarca- que, en el término establecido por la Ley 1098 de 2006, resuelva sobre la homologación de la determinación de adoptabilidad de los menores GU, teniendo en cuenta que su decisión, en concordancia con esta providencia, deberá contar con el sustento fáctico y probatorio correspondiente. Adicionalmente, deberá consultar la voluntad de los menores sobre la situación que los incumbe.

CUARTO.- ADVERTIR a las Defensorías de Familia de los Centros Zonales de La Mesa y de Facatativá que, dentro del trámite de los procedimientos administrativos de restablecimiento de derechos que desarrolle, tenga en cuenta las consideraciones de esta providencia en relación con que ni (i) la edad de quien pretende ejercer la custodia de un menor, ni (ii) la condición económica del núcleo familiar del mismo, pueden servir de justificación para separar a un niño, niña o adolescente de su núcleo familiar y, por tanto, en estos eventos deberán propender por adoptar medidas alternativas de restablecimiento de derechos.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, Cúmplase y Archívese.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ANEXO A LA SENTENCIA T-019/20

Referencia: Expediente T-7.439.545.

Acción de tutela formulada por LBV contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), EL JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE LA MESA -CUNDINAMARCA- Y OTROS.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

A continuación esta Sala Novena de Revisión referirá la información y pruebas allegadas en sede de revisión por parte de las partes del presente trámite de tutela.

PRUEBAS RECOLECTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. 1. Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Mesa -Cundinamarca-

* Oficio del 4 de mayo de 2018 en el que consta que recibió, por parte del ICBF Centro Zonal La Mesa, el expediente de restablecimiento de derechos de los menores GU que dio lugar a la expedición de la Resolución 31 del 22 de marzo de 2018, para desplegar los trámites de homologación.

- Auto del 9 de mayo de 2018 a través del cual avocó conocimiento del trámite y se dispuso desarrollar las notificaciones que correspondía.

- Constancia del 17 de mayo de 2018 en la que se evidencia que el juzgado intentó, infructíferamente, notificar a las partes y dejó constancia de las actuaciones surtidas.

- Auto del 18 de mayo de 2018 en el que se fijó fecha de audiencia para el 20 de junio posterior.

- Audio de la Audiencia de homologación del 20 de junio de 2018.

Se deja constancia que la audiencia inició a las 9 de la mañana y en ella se presentaron, ante el Juzgado Promiscuo de Familia de la Mesa, la ciudadana LBV, como abuela paterna de los menores JSGU y JEGU, y el ciudadano Javier Peralta Ardila, en su calidad de Personero Municipal de La Mesa -Cundinamarca-.

En un inicio se le solicitó a la señora LBV que informara los motivos por los cuales su hijo (el padre de los menores) se abstuvo de (i) hacer parte del proceso y de asistir a la audiencia, (ii) visitar a los menores en el hogar sustituto al que, hace cerca de 2 años, fueron asignados, y (iii) ejercer personalmente el cuidado de los menores. Al respecto, la ahora accionante indicó que si bien ella le informó a su hijo, el señor JOGB, sobre el trámite que se está surtiendo en relación con sus nietos, aquel (i) actualmente tiene una nueva esposa con quien vive y en cuyo hogar habitan sus hijos y nietos; (ii) debe trabajar para garantizar su subsistencia y la de su familia; y (iii) su jefe no le autoriza ausentarse de sus labores. Destaca que no obstante lo anterior, éste le suministra los recursos económicos necesarios para poder visitar a los niños, estar pendiente de ellos y, en general, ejercer su cuidado.

Expresa que los menores vivían bajo su custodia y ella les garantizaba todo lo necesario para vivir bien, que se encontraban desarrollando sus estudios, pero que, en el momento en que el ICBF se presentó a revisar la situación, éstos habían sido temporalmente desvinculados a efectos de permitir la mudanza de la familia al Departamento del Tolima.

Ante el cuestionamiento sobre los motivos por los que ejercía la custodia de los menores, a pesar de que ésta no le había sido asignada, indica que ellos voluntariamente se acercaban a ella.

La actora afirma que ella es analfabeta y víctima de la violencia, pues, de los 4 hijos que tuvo, dos fallecieron con ocasión al conflicto armado; no obstante, indica que, a sus 67 años de edad, se dedica esporádicamente a ejercer la siembra, recolección y venta de vegetales y, adicionalmente, trabaja, hasta 4 veces por semana, como prestadora de servicios domésticos en diversos hogares del sector, ingresos con los cuales afirma que se sostiene a sí misma y con los que asevera que garantizaría el sostenimiento de las necesidades básicas que éstos puedan tener. Adicionalmente, afirma que recibe (i) contribuciones económicas por parte de su hijo para el sostenimiento de los menores y (ii) apoyos económicos por parte de la Iglesia de San José de Obrero en forma de mercados mensuales.

En consecuencia, solicita que la custodia de los menores le sea asignada pues ella ha velado por su cuidado desde que son pequeños y afirma que aún se siente con la fuerza suficiente para seguir trabajando y cuidarlos en su hogar.

Por su parte, el personero municipal de La Mesa indica que ha sido participe de todo el

trámite surtido y que lamenta que los demás miembros de la familia extensa de los menores no se hayan acercado a hacerse cargo de ellos, pues, en su criterio, la accionante, por su edad, no se encuentra en la capacidad de fungir como garante de su cuidado, más aún cuando, a partir de esta situación, ella misma requiere de cuidados especiales.

Una vez escuchadas las intervenciones, la juez procedió a dictar sentencia en la cual tomó como sustento fáctico los siguientes elementos:

o Los menores JSGUy JEGU fueron encontrados por el ICBF el 26 julio de 2016 como víctimas de maltrato por negligencia y abandono en materia de salud, odontología, higiene y nutrición, entre otras áreas, pues, si bien se evidenció que inicialmente vivían con su tía, quien los cuidaba, ésta había fallecido hace cerca de dos meses, motivo por el cual no tenían a nadie que los cuidara y no se encontraban desarrollando sus estudios.

o Con ocasión a lo anterior, el ICBF reabrió el proceso de restablecimiento de derechos que en el 2010-2012 se había tramitado y que había sido archivado por el compromiso del padre de ejercer personalmente la custodia de los menores y a no delegarla a nadie, en específico a su madre (la ahora accionante). Destaca que, en aquella ocasión se consideró que ella, por sus especiales condiciones personales y psicológicas, no era idónea para asumir el cuidado.

o Resaltó que el 26 de julio de 2016 el ICBF realizó un informe en el que consideró que (i) a pesar de que el padre de los menores vive a pocas casas de distancia del lugar en el que se encontraba, no es posible concluir que éste se haya hecho cargo de los mismos; y (ii) los menores también eran cuidados por su abuela paterna, pero que, bajo su tutela, eran sujetos de prácticas de crianza que contaban con falencias en materia de establecimiento de normas, reconocimiento de figuras de autoridad, así como el uso de la violencia física y verbal como mecanismos de corrección.

En dicho informe se destacó que “es evidente el vínculo afectivo que existe entre ellos y la abuela paterna, a quien identifican como la figura materna, sin embargo el afecto no es la única condición necesaria para su protección y cuidado”.

o Llamó la atención en las declaraciones realizadas por el ciudadano SRS, quien afirma que, después del fallecimiento de su pareja, siguió cuidando a los menores pero que la accionante, la ciudadana LBV, los buscaba constantemente y les impedía volver a su hogar,

afirmando que “eran de ella”. Indica igualmente que, con ocasión a los problemas suscitados decidió abstenerse de seguir ejerciendo su cuidado y, en la actualidad, prefiere no ser parte del proceso de restablecimiento de derechos pues ya tiene sus propios hijos, quienes dependen de él.

De un lado, la juez consideró indispensable que, para efectos de determinar quién ejercerá la custodia, debe propugnarse por encontrar a alguien que no solo pueda brindarles un cuidado integral, sino que cuente con las capacidades físicas y psicológicas para el efecto.

De otro lado, afirmó que el abandono por parte de los padres es tan evidente que, en los cerca de 2 años en que los menores estuvieron internados en el hogar sustituto, no fueron ni siquiera en una ocasión a visitarlos, y que, a pesar de que conocen de la existencia del presente proceso, no ha sido posible hacer que se hagan partícipes del mismo.

Estimó que si bien la accionante, en su condición de abuela de los menores ha insistido en que le sea entregada la custodia de los mismos, ella no ha ofrecido garantía alguna de que se encuentre en la capacidad de ejercerla; más aún cuando en el anterior proceso de restablecimiento de derechos que se desarrolló en relación con los menores GU entre los años 2010 y 2012 se concluyó que, con ocasión a un informe de medicina legal del 25 de junio de 2011, la señora LBV, a sus 56 años de edad cuenta con un deterioro cognitivo que limita su capacidad para ejercer el cuidado y custodia de los menores; motivo por el cual no es la persona idónea para desplegar el cuidado de los menores.

Finalmente, evidencia que ni (i) el padre, que había asumido el compromiso de ejercer la custodia de los menores, (ii) la madre, ni (iii) ningún miembro de la familia amplia se ha mostrado con la voluntad de ejercer con el cuidado de los menores y, si bien la abuela paterna ha expresado que quiere asumir la custodia y brindarles afecto, ésta no cuenta con la idoneidad requerida para ejercer esta función, pues (i) ha recurrido a prácticas de crianza maltratante, (ii) es negligente y (iii) practica la mendicidad.

Destaca que si bien es cierto que la situación económica de una familia no es un factor que justifique separarla de sus menores, también ve que el Estado, como corresponsable de la garantía de los derechos de los menores de edad, tiene el deber intervenir en los casos en que se evidencie que estos éstos se encuentran en riesgo.

Además, afirma que, a pesar de los esfuerzos del ICBF no ha sido posible que las personas a cargo de los menores recibieran la ayuda y el seguimiento adecuado que les permitiera asumir de forma idónea el cuidado que los niños que requieren.

En consecuencia, determina homologar, en todas sus partes, la Resolución No. 31 de 2018, esto es, la condición de adoptabilidad de los menores GU y la terminación de la patria potestad de los padres.

Ciudadana LBV

- Registro Civil de Nacimiento del menor JEGU, nacido el 04 de febrero de 2006 cuyo padre es el señor JOGB y madre la ciudadana EMUR.

- Registro Civil de Nacimiento del menor JSGB, nacido el 22 de enero de 2005 cuyo padre es el señor JOGB y madre la ciudadana EMUR.

- Solicitud del 14 de diciembre de 2018 en la que la accionante le solicita al ICBF que le permitan compartir las festividades decembrinas con sus nietos.

- Certificación de pertenencia al SISBEN con corte de julio de 2019 en la que se indica que la señora LBV cuenta con un puntaje de 9,80.

- Certificación de pertenencia al SISBEN con corte de julio de 2019 en la que se indica que el menor JEGU cuenta con un puntaje de 9,80.

- Certificación de pertenencia al SISBEN con corte de julio de 2019 en la que se indica que el menor JSGB cuenta con un puntaje de 9,80.

- Solicitud que la accionante afirma haber presentado ante la “Procuraduría”, la Alcaldía Municipal y la Personería de Facatativá, sin fecha ni recibido, en la que indica que, el hecho de que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de sus menores nietos haya sido trasladado a La Mesa, le impidió ejercer debidamente su defensa y que ella realmente nunca fue notificada del trámite. Asevera que, a pesar de lo anterior, acudió a la audiencia y, en ella, afirma haber pedido que le nombraran un abogado, pero que su solicitud fue negada.

- Solicitud del 01 de marzo de 2019 en la que la accionante solicita que le entreguen a sus nietos, pues afirma tener el deseo de cuidarlos y que se compromete a garantizarles buenas condiciones.

- Oficio del 20 de junio de 2019 en el que el Centro Zonal de Facatativá le indica a la señora LBV que, con ocasión al proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de los menores GU, éstos fueron declarados en condición de adoptabilidad mediante Resolución No. 031 de 2018, la cual se encuentra en firme pues fue homologada por el juez de familia correspondiente.

De lo anterior, concluye que, con ocasión a estas decisiones, se produjo la terminación de la patria potestad y de la custodia de los menores por parte de su familia biológica, motivo por el cual su solicitud de restitución de los menores es improcedente. Adicionalmente, le indica que según el artículo 75 del Código de la Infancia y la Adolescencia, los documentos que se produzcan en relación con el proceso de adopción de un menor tienen carácter reservado y, por tanto, la información que solicita no puede serle entregada.

- Constancia del 18 de octubre de 2019 en la que el Hospital San Rafael de Facatativá indica que la señora LBV es una paciente de 64 años de edad que se encuentra en “aparentes buenas condiciones generales” y quien “en valoración médica se encuentra cifras tensionales elevadas”, motivo por el cual recomienda iniciar control para el manejo de esta situación. Adicionalmente se sugiere valoración por psicología y se indica que “no sufre ninguna enfermedad infectocontagiosa”.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Cundinamarca, Centro Zonal de Facatativá.

Proceso surtido entre el año 2006 y el 2007

- Oficio del 24 de agosto de 2006 en el que el Hospital San Rafael de Facatativá informa a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Facatativá del ICBF que al menor JEGU se le hizo un diagnóstico de Maltrato Infantil con ocasión a las enfermedades que padecía.

- Actuaciones de seguimiento al menor JEGU en virtud de las cuales (i) se le internó en un hogar sustituto, (ii) se evaluaron las condiciones de salud y nutrición del menor, así como las

sociales y económicas del núcleo familiar al que pertenecía y, a partir de dicha valoración, (iii) se citó a los padres para que justificaran las condiciones en que se encontraba el menor y se comprometieran a asumir responsablemente su cuidado. Con todo, ante la evidencia de que no se dio dicho compromiso, se continuó con el proceso de restablecimiento de derechos.

- Registro Civil de Nacimiento del ciudadano JOGB, padre de los menores, en el que se evidencia que la señora LBV aparece como su madre y, en consecuencia, se certifica su calidad de abuela de los menores GU.

- Estudio Socio Familiar del 19 de abril de 2007, en el que se informa que se le hizo una valoración a la abuela para verificar la viabilidad de asignarle el cuidado y custodia de los menores y se evidenció que la señora falsificó las condiciones de su vivienda para que le dieran al menor, pues citó al ICBF a un lugar alquilado para la visita y, después, fue encontrada en la calle trasladando sus cosas a su verdadero lugar de residencia.

- Oficio del 30 de abril de 2007 en el que la señora LBV solicita al ICBF le sea asignada la custodia de su nieto, pues quiere ejercer su cuidado y afirma tener las condiciones para hacerlo.

- Contestación del 15 de mayo de 2007 en la que el ICBF le indica a la accionante que no pueden acceder a su solicitud en razón a que debe manifestar su pretensión a través de los procedimientos diseñados por la Ley para el efecto, sin que sea posible pretermittirlos.

- Oficio del 17 de mayo de 2007 en el que la señora LBV y su hijo JOGB solicitan la restitución del menor JEGU, pues afirman contar con las condiciones de vivienda y económicas para garantizar su cuidado.

- Estudio Socio Familiar 06 de junio de 2007 en el que se llegó a la conclusión que las condiciones de vivienda y familiares en que el padre del menor, la abuela del mismo y la tía podrían ejercer su cuidado, resultaban aceptables y, por tanto, se recomendó el reintegro del menor a su familia.

- Resolución No. 118 del 7 de junio de 2007 en la que se concluye que, con ocasión a la mejoría en las condiciones del núcleo familiar del menor, es necesario decretar la

terminación de la medida protección en hogar sustituto y permitir que éste retorne a su espacio familiar biológico.

- Valoraciones de seguimiento ocurridas con posterioridad a la restitución del menor en las que se evidencia que éste se encuentra en buen estado dentro de su núcleo familiar.
- Decisión de archivo del 27 de septiembre de 2007 dentro del proceso de restablecimiento de derechos.

Proceso surtido entre el 2010 y el 2012

- Denuncia del 21 de octubre de 2010 en la que un particular pone en conocimiento del ICBF que los menores GU se encuentran en condiciones de precariedad y abandono, pues sus padres se han desentendido de ellos y su abuela es quien los cuida, pero que, en realidad, los pone en riesgo pues no cuenta con los medios económicos, ni capacidades físicas y psicológicas para garantizar su cuidado.
- Acta de visita realizada el 21 de octubre de 2010 por el ICBF al hogar de los menores y en la cual se consideró que estos en verdad se encontraban viviendo únicamente con la accionante y que estaban en situación de descuido, esto es, en deplorables condiciones de (i) higiene (con comida en descomposición en el piso), (ii) salud y, en general, (iii) vida; motivo por el cual estimó importante retirarlos del medio familiar. Se destaca que, aunque la accionante manifiesta que los menores no vivían allí, del lugar se evidencia lo contrario, pues en él se encuentran los objetos personales de los niños e incluso, al preguntarles directamente sobre su lugar de residencia, respondieron que efectivamente vivían allá. Llama la atención en que los niños se encontraban desescolarizados.
- Acta del 21 de octubre de 2010 en la que se dejó constancia que se realizó una diligencia de allanamiento y rescate de los menores GU por parte del ICBF y se decidió (i) retirarlos del medio familiar, (ii) ubicarlos en un hogar sustituto y (iii) iniciar un nuevo proceso de restablecimiento de derechos.
- Escrito del 22 de octubre de 2010 en el que la señora LBV acude ante el ICBF a solicitar que le retornen a los niños pues afirma que ella los tenía viviendo bien, pero fue víctima de la usurpación de su casa por parte de la compañera de su hijo que se apropió de su vivienda y

sus cosas y, por eso, tuvo que establecer improvisadamente un nuevo lugar para vivir. Afirma que siempre ha cuidado a los menores y que considera injusto que le quiten a sus nietos y se los den al cuidado de un desconocido. Finalmente, reclama que le permitan visitarlos en donde se encuentren.

- Declaración del 16 de noviembre de 2010 en la que la accionante manifiesta que ella ejercía el cuidado de los menores pues la madre se desentendió de ellos desde chiquitos y su hijo, el padre, trabaja hasta los sábados y, a pesar de que vive en el mismo sector, resalta que lo hace con una nueva compañera permanente. Indica que, contrario a lo que piensa la persona que presentó la denuncia, ella nunca le ha pegado a los niños y, a estos, no les falta nada, porque su hijo les manda semanalmente un mercado.

- Valoración psicológica del 24 de noviembre de 2010, en la que el ICBF describe que el menor JEGU presenta un retraso significativo en su aprendizaje en razón a su falta de escolarización y que si bien su abuela era quien los cuidaba y les cocinaba, también les pegaba con la correa y con un palo en la mano.

- Informe de Psicología del 26 de noviembre de 2010, en el que se indica que la accionante “no presenta alteraciones en sus procesos psicológicos superiores de forma permanente, aunque se determina que posee déficit en sus áreas debido (SIC) a la falta de estimulación y cuenta con un nivel cultural bajo. Presenta rasgos de personalidad dependiente y evitativo. (sic)” Indica que la actora asume una actitud sumisa y espera recibir compasión, apoyo y aprobación social, para subsistir. Destaca que existen inconsistencias entre la información que reporta la actora y la realidad, pues busca ocultar información. Finalmente, concluye que la señora LBV se encuentra en condiciones de precariedad y está limitada para satisfacer las necesidades básicas de los menores, lo cual estima evidente por sus problemas económicos, personales y familiares.

- Reportes de trabajo social del 10 de diciembre de 2010 y de psicología del 13 de diciembre de 2010, en los que se indicó, entre otras cosas, que los menores vivían con la accionante y no con su padre, porque presuntamente ésta no permitía que vivieran con él.

- Declaración del 16 de diciembre de 2010 en la que el padre de los menores afirma que éstos vivían con él, pero que, en las mañanas, se iban a donde la abuela y que, por eso, los encontraron allá. Afirma igualmente que quiere recuperar a sus hijos y que está dispuesto a

darles el cariño y el cuidado que necesitan.

- Valoración por psicología del ICBF del 9 de febrero de 2011 en la que se concluye, en relación con la ciudadana LBV, que si bien afirma que realizará cambios en relación con el cuidado de los niños, muestra nula voluntad de cambio real, pues su discurso se centra en su bienestar individual y no en el de sus nietos; dejan constancia de que habla de “su” necesidad de que ellos la cuiden cuanto tenga una mayor edad y no de los cuidados que ella les puede brindar. Referencia que la actora no realiza procesos “auto-reflexivos” que le permitan modificar los patrones de su conducta que se consideran pueden afectar a los menores.

Se indica que presenta “creencia de control, minimización, habituación y naturalización de acciones negligentes lo cual incrementa la probabilidad de repetitividad de la no garantía de derechos”. Referencia igualmente que la señora hace uso de estrategias de minusvalía para la obtención de ganancias, justificar su incumplimiento y evadir responsabilidades.

Observa una alta probabilidad de vulnerabilidad y de reincidencia en patrones maltratantes, y que presenta “incapacidad en la generación de vínculos afectivos nutrientes y responsivos, ya que se su (SIC) percepción se limita al cubrimiento de necesidades básicas.”

Asevera que la actora cuenta con algunos de sus procesos psicológicos básicos y superiores alterados, lo cual incremental el riesgo que puede significar atribuirle el cuidado de sus nietos y permite inferir reincidencia en patrones maltratantes.

Finalmente, indica: “la señora LBV presenta dificultad en el reconocimiento de fallas e incluso de factores protectivos, no siendo una figura que pueda ser reforzadora en el proceso de aprendizaje de sus nietos”.

- Observación de psicología en las visitas que la señora LBV realizó en el hogar sustituto a los menores el 10 de febrero de 2011, en las que se manifiesta que ésta no entabla ningún tipo de comunicación ni contacto afectivo con los menores y se muestra distante con los mismos, llegando al punto de incluso dejarlos solos durante las visitas.

- Oficio del 14 de febrero de 2011 en el que la Defensora de Familia de Facatativá remite a la actora a valoración de psiquiatría para que determinen si sus condiciones mentales y

emocionales le permitirían asumir la custodia de los menores.

- Escrito del 21 de febrero de 2011 en la que la accionante solicita al ICBF la entrega de los menores pues considera que ha cumplido con la totalidad de las exigencias que le han sido impuestas. Llama la atención en que en el hogar sustituto sus nietos se han visto afectados en su salud, pues los mordió un perro y tienen “aruñetazos”. Finalmente, destaca que matriculó a los menores en la “Institución Educativa Municipal Técnica Agropecuaria Policarpa Salavarrieta” y que los necesita para poderlos poner a estudiar.

- Informe de trabajo social del 11 de marzo de 2011 en el que se hizo una visita domiciliaria al hogar de la accionante, en la que se deja constancia de que el padre de los menores vive en fresno (Tolima) y que únicamente los visita una vez cada mes o dos meses y que el cuidado recae exclusivamente en la abuela.

Destacan que la accionante carece de adecuadas pautas de crianza pues, “para ella el bienestar de los niños radica en comer y tener un techo”, muy a pesar de que se la ha explicado reiteradamente que la vulneración de los derechos de los menores va más allá de las simples necesidades físicas. Por lo anterior manifiestan que “desde trabajo social no se considera a la señora LBV una cuidadora apta para los niños”.

- Certificaciones del ICBF en las que evidencia que la señora LBV asistió a varias terapias de reintegración con los menores; pero, en ellas, se deja constancia de que únicamente hizo acto de presencia y se mostró reacia a participar realmente.

- Resolución No. 18 del 20 de abril de 2011, mediante la cual la Defensoría de Familia del ICBF, del centro Zonal de Facatativá declaró vulnerados los derechos fundamentales de los menores GU en razón a que su núcleo familiar no le brindaba las condiciones sociales, económicas, mentales y emocionales para un cuidado adecuado.

Concluyó que el padre está ausente en el núcleo familiar y que, si bien la abuela paterna podría ejercer el cuidado, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con la valoración psicológica realizada, ésta carece de las condiciones de emocionales y de personalidad requeridas para garantizar los derechos de los menores.

Por lo anterior decidió mantener la medida de ubicación en hogar sustituto en la que se

encontraban los menores.

- Examen de psiquiatría realizado por medicina legal el 25 de junio de 2011, en el que se examinó a la señora LBV y se concluyó que cuenta con un déficit cognoscitivo a partir de la falta de escolaridad y que, si bien no se evidencia ningún trastorno de personalidad, este déficit sí limita su capacidad de cuidado y de comunicación efectiva y asertiva. Por lo anterior, recomiendan (i) seguimiento de psicología y trabajo social; y (ii) “tomar decisiones de fondo en el presente caso” en razón al seguimiento que se viene realizando por el ICBF de tiempo atrás.

- Informe de trabajo social del 25 de marzo de 2011 en el que hace un recuento de la situación fáctica de los menores y se indica que “Bajo el cuidado de la señora LBV se encuentro (sic) que los niños estaban expuestos a explotación, descuido y negligencia, porque la señora utilizaba a sus nietos para acceder a subsidios por parte del Estado y a la caridad pública.”

Se resalta igualmente que, bajo el cuidado de la señora LBV los niños ingresaron al ICBF carentes de hábitos de aseo, sin controlar esfínteres, con ropa vieja y manchada, piojos, nunca habían sido llevados al odontólogo y uno de los niños tenía problemas de peso y el otro de comunicación y lenguaje.

Destaca que no existía un adecuado acompañamiento parental pues los niños nunca asistían a controles de crecimiento y solo, ocasionalmente, al colegio (aunque hace énfasis en que considera que se les permitía asistir de forma que cumplieran el requisito exigido por familias en acción para la entrega de subsidios).

De otro lado, se asevera que la actora, por sus condiciones cognitivas y socioculturales no es idónea para ejercer la custodia de los menores, pues, no solo mostró numerosas deficiencias de orden mental (al no comprender preguntas como ¿qué día es hoy? o ¿qué año es?), sino que, a pesar de que se le puso de presente las deficiencias en que se encontraban los menores, se negó aceptar la existencia de problema alguno y pretendió normalizar la situación.

- Informe por psicología en relación con los menores GU en el que se indica que la señora LBV cuenta con múltiples problemas que la hacen inidónea para ejercer la custodia.

Entre otras cosas, destaca que la actora “presenta componente de tipo cognitivo que le impiden responder (sic) a las demandas de cuidado de niños (...) es de anotar que dicha alteración no es transitoria”. Igualmente, indica que “los déficits cognitivos tienen una fuerte asociación con demencias y delirium, donde el pronóstico de este tipo de alteración no es de tipo transitorio, trayendo consigo alteraciones en la conciencia, déficit en memoria, desorientación, o incluso alteraciones perceptivas, lo cual provoca un deterioro significativo en la actividad laboral social (...) lo cual podría ser un factor de riesgo para el adecuado cuidado y custodia de los hermanos GB”.

- Resolución 041 del 8 de septiembre de 2011 en la que la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Facatativá declara a los menores JEGU y JSGU en condición de adoptabilidad.

La anterior decisión tomó fundamento en un recuento extensivo de las actuaciones desarrolladas por el ICBF en relación con la situación de los menores en la que concluyó que la madre se encuentra ausente del núcleo familiar y que ni el padre, por desinterés, ni la abuela materna, por sus condiciones de orden mental y socio-cultural, pueden ser garantes de los derechos de los menores.

En consecuencia, además de determinar la condición de adoptabilidad, estimó necesario (i) privar a los padres de la patria potestad, (ii) poner a los menores a disposición del Comité de Adopciones del ICBF Regional Cundinamarca y (iii) mantener la medida de restablecimiento de derechos en hogar sustituto.

Contra la anterior decisión, tanto el padre de los menores, como la actual accionante interpusieron recurso de reposición, el cual fue confirmado ese mismo día.

- Escritos del 09 y 15 de septiembre de 2011 en los que la ciudadana LBV manifiesta su inconformidad con la decisión de adoptabilidad, pues afirma que no solo está dispuesta a ejercer el cuidado de los menores, sino que, contrario a lo afirmado, cuenta con plena capacidad física y mental para el efecto.

- La Defensoría de Familia de Facatativá, mediante Auto del 19 de octubre de 2011, remitió el expediente de restablecimiento de derechos de los menores GU al Juzgado Promiscuo de Familia de Facatativá para que tramite la homologación de la resolución enunciada.

- Sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia de Facatativá del 22 de noviembre de 2011 en la que estudia la homologación de la Resolución No. 041 del 8 de septiembre de 2011. En dicha decisión se consideró que, de conformidad con el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) el plazo máximo con el que cuenta la Defensoría de Familia para resolver la situación jurídica de unos menores es de 6 meses y que la consecuencia de pretermittir ese término es la pérdida de competencia de la autoridad administrativa.

Por lo anterior, consideró que, en este caso, la Defensoría de Familia sobrepasó con creces el plazo establecido en la Ley (pues inició el trámite en octubre de 2010 y lo resolvió en septiembre del 2011), motivo por el cual, en su criterio, lo decidido está viciado de nulidad.

Por lo anterior, determinó devolver el expediente al defensor de familia para que subsane las irregularidades evidenciadas y lo re-envíe a los Juzgados Promiscuos de Familia, Reparto, de Facatativá, de conformidad con el parágrafo 2° del Código de la Infancia y la Adolescencia.

- Escrito del 29 de noviembre de 2011 en el que la ciudadana LBV le solicita al Juez de familia que le entreguen a sus nietos.

- Auto del Juzgado Promiscuo de Familia de Facatativá del 15 de diciembre de 2011 en el que decide avocar conocimiento del proceso de restablecimiento de derechos de los menores GU.

- Escritos del 22 y 26 de diciembre de 2011 y del 05 de enero de 2012 en los que la accionante y su hijo, JOGB, solicitan al Juez de familia que los menores les sean reintegrados, afirman contar las condiciones así como la disposición para brindarles el cuidado que requieren.

- Declaraciones de Parte en las que la accionante, su hijo e hija manifiestan ante el juzgado cuáles son sus condiciones para ejercer el cuidado de los menores.

- Informe del 9 de febrero de 2012 sobre la inspección judicial realizada al inmueble de la accionante y de su hijo, en el que se indica que la vivienda fue encontrada en adecuadas condiciones de higiene y que se considera como un lugar apropiado para la vida de los menores que se ajusta a las condiciones socioeconómicas de la familia. Se evidenció igualmente que el hogar en el que eventualmente podrían reincorporarse los menores,

cuenta con condiciones familiares, sociales, morales y económicas adecuadas que permiten la garantía de sus derechos. Registro fotográfico de la inspección

- Sentencia del 16 de marzo de 2012 en la que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Facatativá, tras hacer una valoración de las actuaciones realizadas por la Defensoría de Familia, así como de las diligencias que practicó directamente el juzgado una vez asumió conocimiento del asunto, evidenció que el núcleo familiar de los menores GU modificó las condiciones de la vivienda, así como la actitud con la que han de asumir el cuidado de los menores; motivo por el cual consideró que “el medio familiar paterno ha reaccionado favorable y positivamente, para ser garante y protector de los derechos constitucionales fundamentales de los dos citados menores”.

De otro lado, concluyó que las denuncias con ocasión a las cuales se inició el proceso de restablecimiento de derechos, no solo carecen de prueba, sino que tampoco son creíbles y no ponen en entredicho la capacidad del núcleo familiar para garantizar el cuidado de los menores, pues, en su criterio, el que el padre decidiera solicitar a su madre y hermana realizar el cuidado de los niños mientras él se desplaza a trabajar, no tiene la capacidad de constituir un accionar negligente con la entidad suficiente como para que amerite la intervención del Estado. Con todo, destaca que, en adelante, deberá ser el padre quien ejerza principalmente la custodia de los niños, sin perjuicio de que éste pueda delegar ocasionalmente su cuidado en la tía, quien es idónea, y en la abuela, aunque únicamente como auxiliar dadas sus condiciones personales.

Llama la atención en que el hecho de que los menores habiten en una zona de invasión y, en un contexto de extrema pobreza, no se constituye en un motivo suficiente para retirar a los menores de su medio familiar. En ese sentido, el juzgado opta por desestimar los dictámenes de psicología y trabajo social realizados por el ICBF, en los que se recomendaba declarar a los menores en condición de adoptabilidad, pues estimó que el contexto familiar puede permitir unas condiciones adecuadas para los menores.

De otro lado, consideró que si bien los dictámenes psicológicos han mostrado que la señora LBV no es idónea para ejercer la custodia, lo cierto es que, ahora que el padre pretende ejercer el cuidado, esta situación no es impedimento para que los niños permanezcan en el ambiente familiar. Por lo anterior, decide reintegrar a los menores a su familia, aunque no sin

antes imponer una amonestación en cabeza del padre en el sentido de advertirle que se abstenga de delegar por completo sus responsabilidades paternales en terceros, en específico, su madre, y ordenar un seguimiento periódico a los menores por parte del ICBF.

- Acta de la diligencia de entrega del 16 de abril de 2012 en la que los menores son devueltos al padre.
- Denuncia anónima del 14 de noviembre de 2012 en la que se indica que los menores no siguieron estudiando después de haber sido devueltos a la familia y que los han visto en altas horas de la noche deambulando por la calle mientras la abuela se la pasa “pidiendo limosna”.
- Con ocasión a la denuncia se realizó una inspección por parte del ICBF en la que se pudo constatar que los menores estaban bien, tranquilos y seguros y que realmente lo denunciado era falso y, por tanto, se archivó la denuncia.

Proceso surtido entre el 2016 y el 2018

- Solicitud de restablecimiento de los derechos del menor JSGU del 26 de julio de 2016, en la que la Policía de Infancia y Adolescencia de Facatativá pone en conocimiento del ICBF el hecho de que el menor fue encontrado en la vía pública a las 10:10 de la noche del 25 de julio de 2016, sin documentación, alimentación, ni compañía. El niño afirma que estaba en la calle porque su “mama” le regaña mucho. (pág. 636)
- Evaluación por psicología del 26 de julio de 2016 en la que el ICBF verifica las condiciones del hogar y denota que el menor JSGU, a sus 11 años de edad, actualmente realiza labores de cuidado de su abuela, quien presuntamente está muy enferma, y que, por ello, él no está estudiando y se dedica a lavar la ropa y a cocinar. El menor afirma que a su “abuelita” se le olvidan las cosas y que, por eso, en ocasiones no lo llevan a él y a su hermano a los exámenes médicos ni odontológicos que le son programados.

Manifiesta que el padre ha delegado completamente su responsabilidad, pues el menor afirma que vive con su abuela (a quien refiere como “mama”), su hermano y dos primas, con quienes afirma tener buena relación. Adicionalmente, indica que también vivía con su tía paterna, pero que ésta falleció hace cerca de dos meses.

Expresa que si bien el menor no aduce maltrato es posible que esté influenciado por la

abuela para omitir la información verdadera.

Afirma que el menor “reconoce como figura de autoridad a la abuela” quien es la persona que los cuida, con todo, se indica que no se evidencian esfuerzos de la familia para lograr que el menor retorne al colegio. En consecuencia, considera necesario reiniciar el proceso de restablecimiento de derechos y ubicar al menor en hogar sustituto.

- Valoración por nutricionista del 26 de julio de 2016, en la que se expresa que el menor cuenta con sobrepeso y consume alimentos de poco valor nutricional.

- Actuación del 26 de julio de 2016 en la que se vinculó al menor JEGU al proceso de restablecimiento de derechos, pues se consideró que también podía estar siendo sujeto de maltratos.

- Oficio del 26 de julio de 2016 en el que la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Facatativá decide reabrir el proceso de restablecimiento de derechos de ambos menores en razón a lo evidenciado.

- Escrito del 4 de agosto de 2016 en la que la ciudadana LBV solicita la devolución de sus nietos pues afirma que el menor JSJU no estaba en la calle porque se hubiera escapado, sino porque él había pedido permiso para ir a la casa de sus primas y seguramente se distrajo; motivo por el cual fue encontrado por la policía en esas condiciones. Reclama que no hay razones para que también se hayan llevado a su otro nieto, y considera que esa actuación resulta arbitraria.

Indica que si bien los niños no están matriculados en el colegio, ello encuentra justificación en el hecho de que el padre de los menores tenía la expectativa de irse a trabajar al Tolima y llevárselos con él, pero, como esto no sucedió, se quedaron temporalmente sin estudiar.

- Valoración por psicología del núcleo familiar realizada el 24 de agosto de 2016, en la que se evidencia que la señora LBV se encuentra en la “etapa de ciclo vital personal Vejez”, que se “caracteriza por un declive gradual del funcionamiento de todos los sistemas corporales”, cuestión que, sumada a (i) la diferencia generacional, y (ii) las falencias en sus metodologías de crianza, la hacen inidónea para ejercer la custodia de los menores. Manifiesta que estas “falencias” se evidencian en las condiciones de “negligencia” que se han generado hacia los

menores, quienes “no cuentan con los mínimos hábitos de aseo, higiene ni normas de comportamiento, atraso en el proceso de formación escolar y ausencia de referentes de autoridad y protección”.

Finalmente, destaca que “aunque existe un fuerte vínculo afectivo entre los niños y su abuela LBV, no se identifican en ella los factores mínimos de protección para asumir su custodia y cuidado, por lo que es necesario realizar la vinculación de otros integrantes del medio familiar al proceso de atención”.

- Entrevista de 12 de septiembre de 2016 realizada por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Facatativá con los menores JEGU y JSGU en la que éstos manifiestan que (i) si bien su padre no vive con ellos, sí les manda recursos económicos para sus necesidades y, ocasionalmente, les hace visita, (ii) su abuela es quien los cuida; (iii) ella no les pega; y (iv) que no conocen a su madre pero que han escuchado que vive en Medellín. Finalmente (v) el menor JEGU afirma que lo único que quiere es “regresar con mi familia, estar con mis primos y con mi abuelita”.

- Valoración por psicología de los menores GU en la que se consideró que estos carecen de los hábitos “mínimos de aseo e higiene”, así como de normas de comportamiento que favorezcan la convivencia en el hogar sustituto, cuestión que se considera surgió a partir de la falta de acompañamiento familiar y por “las condiciones de negligencia y descuido que han acompañado el proceso de crianza de los niños”. Así, estima que esta falta de acompañamiento “ha afectado no solo la adquisición de hábitos y rutinas propios de su edad, sino también su desempeño académico, lo cual se evidencia en el atraso escolar que presentan y en la dificultad en la adquisición de aprendizajes”.

- Numerosas citaciones al padre JOGB respecto de las que se dejan las constancias correspondientes de que éste se abstuvo de comparecer ante el ICBF para hacerse participe del proceso de restablecimiento de derechos de sus hijos.

- Valoración por psicología del 27 de octubre de 2016, en la que se cuestiona a los menores sobre si consideran que están mejor en el hogar sustituto o con su familia y responden que no saben, por lo que se les insta a reflexionar sobre el tema.

Ante lo anterior, la psicóloga deja constancia de que “se les enfatiza que es evidente el

vínculo afectivo que existe entre ellos y su abuela paterna a quien identifican como figura materna, sin embargo el afecto no es la única condición necesaria para su protección y cuidado, por lo que deben pensar que es lo mejor no solo en este momento sino también para su futuro”.

- Resolución No. 15 del 23 de noviembre de 2016 en la que la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Facatativá solicita la ampliación de términos para decidir sobre la situación de los menores GU.

- Memorando del 16 de diciembre de 2016 en el que el Director del ICBF Regional Cundinamarca da concepto favorable para la ampliación de términos dentro del proceso de restablecimiento de derechos que se está tramitando en relación con los menores GU e indica que la ampliación opera a partir del 26 de noviembre de 2016.

- Resolución 012 del 26 de enero de 2017 por medio de la cual la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Facatativá declaró la vulneración de los derechos de los menores GU y mantiene, como medida de protección, la ubicación en hogar sustituto.

- Declaración del 08 de febrero de 2017 en la que SRS, exesposo de la tía de los menores (quien desempeñaba el cuidado de los mismos) afirma que no se compromete a seguir ejerciendo su cuidado en forma definitiva pues se trata de una responsabilidad que corresponde al padre de los mismos.

- Actuación del 02 de marzo de 2017 en la que la Defensoría de Familia de Facatativá decide modificar la medida de ubicación en hogar sustituto con el objetivo de trasladar a los menores a la “Fundación Facilitamos Vida” en el municipio de La Mesa - Cundinamarca.

- Escritos del 26 de abril y 3 de agosto de 2017 en los que LBV y su hijo JOGB, solicitan que les retornen a los menores.

- Respuesta del 4 de agosto de 2017 en la que el ICBF le indica a la actora y a su hijo que deben acudir al Centro Zonal de la Mesa (en razón a que los menores fueron trasladados) para seguir participando del proceso de restablecimiento de derechos de los menores y demostrar realmente que las condiciones de vulnerabilidad en que se encontraban han sido superadas por su núcleo familiar.

- Informe de seguimiento por parte de trabajo social del 17 de noviembre de 2017, en el que se deja constancia que el padre de los menores se presentó con su actual pareja y que ésta última afirma que si bien ellos han querido hacerse cargo de los niños, la abuela de los mismos lo ha impedido. En esta misma diligencia, el padre manifiesta que ocasionalmente consume marihuana y bazuco, pero que está recibiendo ayuda de parte de la iglesia cristiana a la cual pertenece.

Por lo anterior, concluye que “no se establece capacidad funcional para que el progenitor asuma un rol adecuado para proveer de cuidado y factores protectores hacia a los menores” y se manifiesta que “pese a la ayuda y presunto apoyo de la pareja se identifica por el contrario (sic) factores de riesgo debido al poli-consumo de sustancias psicoactivas...”

- Informe Psicosocial del 1 de marzo de 2018 en el que se pone de presente que el padre de los menores no ha mostrado la voluntad real de hacerse cargo de los menores y que no hay ningún miembro de la familia extensa que quiera asumir a los niños. Lo anterior, a pesar de que la abuela sí quiere ejercer ese cuidado, pues la verdad es que existen “factores de riesgo asociados a la inestabilidad económica, la avanzada edad de la Sr. LBV que influye en el no adecuado establecimiento de pautas de crianza positivas y acorde al ciclo de vida de sus nietos”.

Adicionalmente, destaca que “en el contacto que tuvieron en una ocasión [sin que se identifique el momento o las circunstancias en que esto ocurrió] la Sra. LBV expuso a sus nietos a riesgo físico y social ya que realizaron actividades de mendicidad poniendo en amenaza su derecho a la integridad y protección”.

En ese sentido, recomienda que se declare la adoptabilidad de los menores con el fin de que sea posible ofrecerles la garantía plena de sus derechos, pues (i) el progenitor no movilizó ningún recurso personal o institucional para recuperar a sus hijos y garantizarles sus derechos, y (ii) la abuela paterna no cuenta con las habilidades parentales adecuadas para asumir la custodia de sus nietos.

- Informe Psicosocial de la Fundación Pacto Belén del 20 de marzo de 2018 en la que ponen de presente que la abuela del menor JEGU carece de compromiso en relación con el proceso del menor, pues no ha asistido a los talleres de padres y que, si bien se ha presentado a cuatro visitas familiares, lo ha hecho fuera del horario establecido para el efecto.

- Resolución 031 del 22 de marzo de 2018 de la Defensoría de Familia del Centro Zonal de La Mesa, en la que se concluye que la accionante, a pesar de mostrarse interesada en el cuidado de los niños, no cuenta con “la edad”, “los recursos económicos”, ni “las calidades” que se requieren para ayudar en la formación y orientación” de los menores, pues, al ejercer la mendicidad, los expone a esta práctica.

Por lo anterior, decide (i) declarar a los menores en situación de adoptabilidad, (ii) confirmar la medida de ubicación en medio institucional y (iii) terminar la patria potestad de los padres. Contra esta decisión, la accionante manifestó su interés de impugnar lo decidido, pues es su deseo asumir el cuidado de sus nietos.

- Informe integral de adopciones en niños, niñas y adolescentes de 6 años en adelante, realizado el 18 de septiembre de 2018 en el cual se evidencia que los menores se encuentran en buen estado dentro del hogar sustituto que les fue asignado.

- Acta de la reunión del 24 de septiembre de 2018 en la que comité No. 002 de la Defensoría de Familia de La Mesa hace seguimiento a la situación de los menores GU e indica que, entre otras cosas, es necesario realizar una intervención en relación con el menor JEGU respecto del duelo que le generó la separación con su abuela.

- Informes del 17 de diciembre de 2018 en el que, entre otras cosas, se hace una encuesta a los menores y estos afirman encontrarse satisfechos con los cuidados que reciben por parte del ICBF.

- Entrevistas de seguimiento realizadas el 5 de abril de 2019 a los menores GU en las que se dejó constancia de que estos afirman sentirse a gusto en la fundación y que no existe ninguna situación particular que les genere malestar o tristeza.

Se deja constancia de que, en relación con la suspensión de visitas con la abuela, “se orienta [al menor JEGU] en la necesidad de realizar de procesos de elaboración de duelos con esta situación” aunque se afirma que el menor es consciente de que es importante “irse separando de “cosas” que no me aportan para mi crecimiento y que hicieron daño”.

- Entrevista de seguimiento del 26 de agosto de 2019 en la que el menor JEGU indica que se siente bien en la institución, que está interesado en seguir estudiando para llegar a ser un

arquitecto y que “es consciente de que su abuela constituía un obstáculo para el ejercicio de sus derechos” y el entrevistador deja constancia que, frente a esta situación, “se realiza la sensibilización necesaria frente a la importancia de cortar lazos negativos y proyectarse a un futuro promisorio”.