

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

Los criterios jurídicos generales relevantes para determinar el interés superior del menor: A saber: (1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.

ADOPCION-Reglas que se deben tener en cuenta en la asignación de un menor a una familia adoptante

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Adopción de menor colombiano por un extranjero es legítima

Al encontrar que la autoridad competente ha considerado a un extranjero como idóneo para la adopción de un menor es importante resaltar dos puntos. que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las adopciones de menores colombianos por parte de extranjeros son legítimas, e inclusive dichas adopciones pueden ser altamente conducentes para la satisfacción y garantía del interés superior de un menor, dadas las circunstancias de cada caso.

ADOPCION-Solicitud hecha por adoptante único extranjero y por pareja de extranjeros

ADOPCION-Solicitud de pareja de extranjeros no llegó a tiempo a la dependencia correcta del ICBF

ADOPCION-Orden cronológico de presentación de solicitudes no es criterio determinante para decidir la asignación de un menor

El orden cronológico de presentación a las solicitudes no puede ser el criterio determinante para decidir a quién le será asignado un menor. Las razones que deben primar son las

atinientes a la protección efectiva del interés superior del menor, sin importar cual solicitud fue radicada primero. Si dos solicitudes son a juicio del Comité de Adopciones equivalentes desde el punto de vista de la protección del interés superior del menor, y por lo tanto no existirían razones de fondo para preferir a un adoptante sobre otro, solo en ese evento improbable el criterio cronológico puede ser aplicado.

ADOPCION-Decisión del ICBF de asignar el menor a un adoptante único y no a una pareja, respetó los criterios que protegen el interés superior del menor/ADOPCION POR FAMILIA UNIPERSONAL

Como se ha verificado, la decisión del ICBF de asignar al menor al solicitante español, respetó los criterios establecidos por la jurisprudencia que protegen el interés superior del menor. Desde que se tomó dicha determinación el menor ha sido parte de una preparación para su entrega. El menor ha esperado su reunión con quien identifica como su padre por más de cinco meses. El conocimiento de su asignación, de la identidad del adoptante y las varias explicaciones que se le han tenido que dar para responder a sus interrogantes sobre la espera, han causado en el menor un impacto psicológico significativo. Por lo tanto, abrir la puerta a una nueva consideración podría ser traumático para el menor, más cuando no se encuentra una razón poderosa que desvirtúe la idoneidad del señor español como adoptante del menor. La falta de consideración de esa solicitud no implica que la decisión de asignación al padre adoptante vaya en contra del interés superior del menor. La falta de consideración de otra opción de familia para el menor, en este caso, no constituye por sí sola una razón poderosa que justifique una nueva valoración de la asignación del menor con los impactos negativos que ello podría tener para el menor, pero sí es una razón para ordenar que en adopciones futuras se le otorgue prelación a la pareja italiana.

ACCION DE TUTELA-Proceso de entrega del menor adoptante a su padre extranjero debe continuar sin dilaciones

Referencia: expediente T-1481143

Acción de tutela instaurada por Sandra actuando como agente oficioso del menor Julio contra el Instituto de Bienestar Familiar ICBF

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del treinta (30) de octubre de dos mil seis (2006), proferida por el Juzgado Diecinueve de Familia, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Sandra actuando como agente oficioso del menor Julio contra el Instituto de Bienestar Familiar ICBF. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Doce (12), mediante auto del siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006), correspondiendo a la Sala Segunda de Revisión su conocimiento.

La Sala advierte que, como medida de protección de la intimidad del menor involucrado en este proceso, ha ordenado suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma el nombre del menor y el de sus familiares y allegados, el nombre de los solicitantes para su adopción, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación¹. Dado que son varias las personas a quienes se les debe suprimir el nombre, y teniendo en cuenta la longitud de esta sentencia, la Sala de Revisión ha preferido cambiar los nombres reales del menor, sus familiares, allegados y los nombres de los posibles adoptantes por nombres ficticios.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relatados por el demandante.²

1.1. La señora Sandra, actuando como agente oficioso del menor Julio, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) por considerar vulnerado el derecho fundamental del menor a tener una familia, escogida de acuerdo a los principios y normas legales establecidas a favor de los niños.

1.3. El 21 de julio de 2005, el DABS, mediante Resolución 232, declaró en abandono al menor Julio y autorizó la iniciación de los trámites necesarios para darlo en adopción. La Resolución fue apelada por su abuela pero fue confirmada mediante Resolución 1737 del 7 de octubre de 2005 proferida por el ICBF, Oficina Jurídica. De acuerdo a dichas resoluciones se puede establecer que el menor fue víctima de un continuo abandono tanto por su madre como por su abuela además de varias situaciones de maltrato.

1.4. El 27 de abril del 2006, mediante sentencia dictada por el Juzgado Quince de Familia de Bogotá se resolvió homologar la resolución No. 232 del 21 de julio de 2005, proferida por el Defensor de Familia del Centro Zonal Revivir, que declaró al menor en estado de abandono.

1.5. Una vez en firme la declaración de abandono del menor de la referencia la Defensora de Familia del menor, trasladó el caso al ICBF, Regional Bogotá para ser presentado ante el Comité de Adopciones, que tiene como función, “aprobar o rechazar las solicitudes de las familias residentes en Colombia o en el exterior de conformidad con la prioridad que establece el artículo 107 del Código del Menor”⁴

1.6. El 7 de julio de 2006 la Directora de la Casa de Adopciones y tutelante, solicitó al Comité de Adopciones del ICBF, que “se asignara al Programa de Adopción de la Casa de Adopciones, al menor Julio, de 7 años de edad, pues contábamos con una familia interesada de nacionalidad italiana, que podría adoptarlo.”⁵

1.7. El 25 de julio de 2006 se reunió el Comité de Adopciones del ICBF para estudiar el caso del menor “procediendo a la asignación de su familia adoptante en esa fecha, habiéndola realizado a un señor europeo, el que se encontraba en el primer y único lugar de la lista de espera en el rango de edad hasta 8 años, resaltando que Julio para esa fecha contaba con 7 años, 5 meses, ubicándose por tanto en este rango.”⁶

1.8. La decisión fue informada a la Defensora de Familia a cargo del niño y al adoptante escogido. Después de realizadas las comunicaciones el adoptante aceptó la decisión y se fijó la fecha de entrega para el 26 de octubre de 2006.

1.9. El 3 de agosto de 2006 la Defensora de Familia, Oficina de Adopciones del ICBF responde a la solicitud de la Casa de la Madre y del Niño informando que “el menor citado fue asignado en comité de adopciones celebrado el 25/07/2006, acta No. 25. Teniendo en cuenta lo

anterior le devuelvo la documentación de la familia de nacionalidad italiana.”⁷

1.10. El 21 de septiembre de 2006 el ICBF, la Defensoría de la Familia Asignada al Departamento Administrativo de Bienestar Social, D.C (DABS) envió escrito a la representante legal de la “Casa de Adopciones”, Bárbara Escobar de Vargas, mediante el cual se remitía álbum de fotografías correspondiente a la familia adoptante del niño de la referencia “a fin de que se de curso a la respectiva preparación para el encuentro de Julio con su Padre, el día 26 de octubre del año en curso”.⁸ Igualmente se solicitó:

(...) Ordenar a quien corresponda presentar al niño en este Despacho en la fecha antes citada a las 8:30 a.m., a fin de llevar a cabo la citada diligencia, teniendo en cuenta que deben traer junto con el niño el álbum de las fotografías enviadas adjuntas a este oficio; así como relación de costumbres; especificando si Julio tiene fobias, temores hacia personas, animales o cosas; antecedentes de salud; anexando todas las fórmulas, radiografías, resultados de los exámenes practicados y demás datos que ofrezcan una mayor claridad al padre adoptante del niño en mención; el manejo y tratamientos de presente o posibles enfermedades, rutinas, juguetes preferidos, fotografías, aprestamiento escolar y demás información que pueda servir al adoptante español, para la compresión y adecuada crianza de su hijo.⁹

1.11. La tutelante considera que la asignación de un menor a un padre soltero no satisface el interés superior del menor. Dice:

(...) las personas solteras, es cierto que pueden adoptar, pero esto no quiere decir que presenten iguales condiciones para hacerlo frente a otras familias conformadas por padre y madre. Cuando después de estudiar lo mejor que puede ofrecérsele a un niño, no se encuentre pareja conformada por hombre y mujer que deseen hacerlo, sería muy válido entregarlo a una persona soltera, pero este precisamente no es el caso en cuestión.

A nuestro modo de ver la asignación de este niño a un padre soltero, viola y hecha por tierra el principio fundamental de tener en cuenta sobre todo otra consideración, el interés superior del niño y el de que sus derechos deben prevalecer sobre los derechos de los demás, pues pensamos que este menor dadas sus condiciones, tiene la posibilidad de acceder a una familia conformada por un padre y una madre, que en principio es la más apropiada, hasta donde es posible prever, para que él pueda desarrollarse de la mejor forma posible. Nos

atrevernos a afirmar que hay muchas familias compuestas por papá y mamá que estarían dispuestas a adoptarlo, pero que si no estaban a disposición del ICBF en ese momento, serían fáciles de encontrar si hay algún interés en ello, entre otras la presentada al Comité del ICBF por esta institución. Si no es posible ofrecerle a este niño las más óptimas condiciones como todos desearíamos, al menos se ha debido insistir en que él pudiera tener las mismas o similares oportunidades a las que han podido acceder muchos otros niños de su misma edad y condición, que sí han sido adoptados conjuntamente, por padre y madre. Entonces no encontramos razón que justifique la asignación del niño al adoptante español.

Cuando dentro de los criterios anteriores no sea posible asignarle al niño una familia que satisfaga los deseos de los miembros del comité, este deberá, acudir a otras dependencias que tengan ese tipo de solicitudes o buscar nuevos aspirantes si encuentra factible hacerlo. Después de agotar dentro de un término razonable esta búsqueda, entonces si se podrá optar por otras solicitudes, menos óptimas, como podrían ser en este caso las personas solteras.”¹⁰

1.12. La tutelante solicita además de la suspensión de los trámites y gestiones para el encuentro del menor con el padre asignado por el ICBF “tutelar los derechos del menor Julio, a tener una familia, para lo cual el Estado debe agotar todos sus esfuerzos, teniendo en cuenta el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos frente a los derechos de los demás , a fin de darle una familia conformada por un padre y una madre que pueda ofrecerle todas aquellas cosas que le permitan a este niño lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social.” Para lo cual pretende que con la decisión se “ordene al Comité de Adopciones del ICBF, Regional Bogotá, re-estudiar el caso del menor Julio, para basado en los principios rectores de obligatorio cumplimiento, asignarle una nueva familia compuesta por un padre y una madre que pueda ofrecerle todas aquellas cosas que le permitan lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social.”¹¹

El 13 de octubre de 2006 la acción de tutela fue admitida. El 20 de octubre de 2006 la Directora de la Casa de la Madre y del Niño solicitó a la Directora del ICBF, Elvira Forero, que se suspendiera la entrega del menor al padre adoptante, que había sido programada para el 26 de octubre, debido a que la tutela se encontraba al despacho para ser decidida.¹²

2. Contestación de la entidad demandada.

(...) teniendo en cuenta que dicha persona cumplió con todos los requisitos legales para ser tenido como padre adoptante, éste hizo su solicitud en agosto de 2005, siendo aprobado por la Sede Nacional del ICBF, el 25 de enero de 2006, ya que éste reunía los requisitos de idoneidad física, mental social y moral, siendo preseleccionado para un niño de 8 años, sano y trigueño. Esta aprobación se hace con base en estudios realizados por los profesionales especializados de su país (Psicólogos y Trabajadores Sociales), quienes coinciden en afirmar que el señor es una persona estable laboralmente, tiene dos profesiones, su vivienda propia, seguros de vida y sobre todo el apoyo de su familia extensa (hermanas y sobrinos), con los que mantiene un fuerte vínculo. Destacan que esta persona se caracteriza por su madurez, recursos personales para asumir la crianza del menor y apoyo familiar para manejar las posibles dificultades, siendo estable en su salud física y mental. Quiero resaltar solo un aparte de la valoración psicológica sobre la actitud del señor frente a la adopción “con respecto a la adopción don XXX, piensa proporcionarle mucho cariño, porque considera que es muy importante que el niño se sienta seguro de que es querido.”

(...)

Igualmente luego de la entrega del menor, la que se encuentra programada como ya se mencionó para la semana entrante, se da un tiempo al padre y al niño que se llama periodo de integración, en donde se observa la acomodación y vinculación afectiva entre el niño y la familia adoptante, etapa en que el Equipo de esta oficina realiza el respectivo acompañamiento y asesoría, con el fin de verificar la interacción dentro del proceso para el niño y su nueva familia. Esta etapa es muy importante y decisiva, ya que es verdaderamente la oportunidad del menor para acercarse a su familia logrando una integración o no haciéndolo, frente a lo cual luego de las intervenciones del caso, no podría llegar a feliz término la adopción al menos con esta familia, decisión que solo se toma luego de verificar esta etapa de integración y en ninguna forma antes, ya que no existen elementos de ninguna especie para hacerlo.¹³

Sobre los argumentos planteados por la tutelante en los que se aduce que no se tuvieron en cuenta los derechos fundamentales del menor y su interés superior al asignarlo a una persona soltera, debiendo haber podido estudiar otras posibilidades de familia, dicen:

No existen razones concretas para atacar la asignación, en ningún momento de la demanda

de tutela se evidencia que la accionante en forma clara haya expresado cuál es la afectación del niño en el suceso de la asignación con una familia monopaternal, por el contrario en varios apartes se hace alusión a consideraciones personales frente a ésta, no evidenciando el “perjuicio irremediable” que es base para interponer la acción de tutela (...).

Julio tiene el derecho a ser adoptado por la familia a la cual fue asignado, que es de carácter monopaternal, no violando con ello ningún derecho fundamental, sino por el contrario garantizándolo, dado su estado de abandono y el hecho de encontrarse institucionalizado. La adopción con el proceso de asignación que se ha llevado conforme a la ley y a las características del niño y su adoptante es una alternativa como lo señala la sentencia T-587 de 1998 “única dentro de las existentes que persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente o irreversible un núcleo familiar.”¹⁴

Para el ICBF, la asignación del menor se dio respetando todas las normas que regulan la materia además de atender al menor interés del menor.

3. Decisión del juez de tutela

El Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá mediante sentencia del 30 de octubre de 2006 negó la acción de tutela instaurada por Sandra actuando como agente oficioso del menor Julio contra el Instituto de Bienestar Familiar ICBF por considerar que la asignación de una familia adoptante unipersonal no vulnera los derechos fundamentales del menor. El juez señaló:

Los argumentos planteados califican al hombre solo, que carece de compañera, como una persona inferior, de condiciones mínimas, sin derecho a formar o elegir una familia, petición que rompe el derecho fundamental primario de nuestra sociedad que es la igualdad y destruye el núcleo central de nuestra sociedad que es la familia.

Los menores destinados a la adopción, como hecho notorio que no es necesario probar, son aquellos que se encuentran, en nuestra comunidad, abandonados, maltratados y en situación de peligro, muchas veces recogidos de las calles, hijos de padres indigentes, drogadictos, sin alimentación física, moral e intelectual, por lo tanto, para este despacho, es injusto aceptar que el adoptante español, carece de idoneidad para asumir la posición de padre adoptante

por el mismo.

La institución demandada, ha realizado las diligencias tendientes a establecer la capacidad económica, la situación judicial del adoptante, que aseguren el bienestar del menor, por lo que no se hará ningún reparo al procedimiento adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Grupo de Adopciones, Regional Bogotá, respecto a la adopción del menor Julio, entregado al adoptante español como padre adoptante, tampoco se considera malsano e irregular el interés del pretenso padre a conformar un hogar en compañía del menor.

(...)

El Decreto 2737 de 1989 o actual C. del Menor en su art. 89 establece “podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice la idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar un hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente” (inc. 1 subrayado nuestro). Este es el enunciado general base o fundamento para dar el trámite a esta institución, pues la ley tiene un carácter general, son los requisitos generales y a falta de uno de esos presupuestos constituye una irregularidad que se ubica en el campo de la nulidad absoluta, ya que de por medio se encuentran comprometidas razones de orden social y público inherentes al estado civil de las personas.

Del enunciado de este artículo deducimos sin que haya que hacer ningún esfuerzo mental que el legislador en su sabiduría no exige la existencia de un contrato o un contrato sacramental, a la mera unión de 2 personas de distinto sexo para adoptar.

(...)

Es por todo ello que si la normatividad no exige que deba ser una pareja los únicos que pueden adoptar a contrario sensu, le es permitido al soltero también adoptar pues caso contrario estaríamos desconociendo el principio constitucional de la igualdad. No puede tampoco este Juez de Tutela desconocer que si el ICBF, después de un detallado proceso mediante el cual avala al ciudadano para fungir de padre del menor abandonado, es porque llena a plenitud los requisitos de ley.”¹⁵

La decisión de instancia no fue apelada.

4. Pruebas decretadas por la Corte

Mediante auto del 18 de enero de 2007 se ordenó al ICBF, Regional Bogotá, Grupo de Asistencia Técnica-Adopciones que respondiera las siguientes preguntas:

- ¿En el caso del menor Julio cuáles fueron los criterios tenidos en cuenta por el Comité de Asignaciones del ICBF para determinar la asignación de dicho menor a un adoptante único cuando la información preliminar de la cual dispone este despacho indica que una pareja igualmente extranjera también tenía interés en adoptar a dicho menor?
- ¿Cuál es el trámite administrativo interno para que una solicitud de asignación de un menor, presentada por una casa de adopción, llegue a ser considerada en un Comité de Asignación del ICBF? ¿Cuánto dura este trámite? y ¿Cómo se asegura que las solicitudes por casas de adopción lleguen de manera oportuna al Comité de Asignación del ICBF y en qué etapa del trámite debe ello suceder?
- ¿Es posible que una casa de adopción solicite la asignación de un menor específico para ser dado a una pareja que ha realizado el trámite en esa misma casa de adopción? En caso de ser ello posible cómo se armoniza el proceso de adopción que puede haber estado surtiendo con otro adoptante respecto del mismo menor?
- ¿Porqué la solicitud de adopción presentada por la Casa de Adopciones para ser tomada en cuenta en el Comité de Asignación del menor de la referencia que tuvo lugar el 25 de julio de 2006 y que fue radicada el 7 de julio de 2006 en el ICBF, según se alega, no fue conocida y luego considerada?
- ¿Dado lo sucedido en el caso en el proceso de adopción del menor Julio qué decisiones ha tomado el ICBF para valorar el interés de la pareja presentada por la Casa de Adopciones en adoptar a un menor colombiano?
- ¿Desde el momento en que fue asignado el menor al adoptante de nacionalidad española, se le ha informado al menor de esa decisión y qué procesos administrativos y sicosociales se han seguido con éste?

En el mismo auto también se ordenó a la Casa de Adopciones que respondiera las siguientes preguntas:

- ¿Cuáles son las razones por las que se oponen a que el menor Julio sea entregado al adoptante que le fue asignado por el ICBF?

- ¿Habida cuenta de que el menor ya le fue asignado un padre adoptante y según el expediente ya ha comenzado su proceso de preparación para la entrega en su criterio está en el mejor interés del menor retroceder dicho proceso a la etapa de asignación para considerar otros padres adoptantes?

4.1. Pruebas recibidas

4.1.1. En escrito recibido en esta Corporación el 23 de enero de 2006 el ICBF dijo:

¿En el caso del menor Julio cuáles fueron los criterios tenidos en cuenta por el Comité de Asignaciones del ICBF para determinar la asignación de dicho menor a un adoptante único cuando la información preliminar de la cual dispone este despacho indica que una pareja igualmente extranjera también tenía interés en adoptar a dicho menor?

Se procedió a socializar la historia del niño Julio y sobre todo lo que respecta a los conceptos psico-sociales (fichas integrales) del equipo a cargo del niño (DABS y Casa de Adopciones), con el fin de conocer el estado actual del menor, su evolución en el proceso y sobre todo dada su situación particular si el Equipo sugería su asignación con un tipo de familia concreta (por ejemplo en algunos casos dadas las características del niño sugieren familia compuesta por mamá y papá, en otras con hermanos, etc.). En el caso de Julio el Equipo no realiza ninguna sugerencia del tipo de familia para la asignación, por lo que el Comité queda en libertad de hacerlo a cualquier tipo de familia (nuclear, monoparental o monomarental)

Se procedió seguidamente a verificar la lista de espera de la Regional Bogotá, se observó que no existían familias colombianas en espera en este rango de edad (hasta 8 años), con el fin de dar aplicación al Artículo 107 del Código del Menor, en cuanto a la prevalencia de las mismas, frente a las extranjeras, por lo que se entró a verificar las familias extranjeras en lista de espera, en la que el señor que nos ocupa de nacionalidad española, se encontraba en primer y único lugar en el rango de edad hasta 8 años. De acuerdo a lo anterior se entró a revisar su documentación, la cual es enviada por la Sede Nacional, quien declara al señor idóneo para adoptar, se socializó el estudio social realizado al adoptante único, al igual que el estudio psicológico del señor y su motivación para adoptar, encontrando que es una persona

con red familiar y social de apoyo, con claridad en sus razones para adoptar y según los estudios practicados con estabilidad social, familiar y económica para asumir el cuidado del menor.

Según se verifica en el acta no obra ninguna solicitud diferente de la Casa de Adopción donde se encuentra el menor, para estudiar otra familia. En caso de haber existido se informa que es potestad del Comité con el estudio que se hace para la asignación, el darlo a la familia presentada por la casa de adopción o no, informando luego a la casa de las razones para negarla o asignarla.¹⁶

¿Cuál es el trámite administrativo interno para que una solicitud de asignación de un menor, presentada por una casa de adopción, llegue a ser considerada en un Comité de Asignación del ICBF? ¿Cuánto dura este trámite? y ¿Cómo se asegura que las solicitudes por casas de adopción lleguen de manera oportuna al Comité de Asignación del ICBF y en qué etapa del trámite debe ello suceder?

El trámite administrativo interno de una solicitud presentada por una casa de adopción es el siguiente:

La casa de adopción radica la solicitud en la oficina de correspondencia.

La oficina de correspondencia la envía a la Oficina de Adopciones, recibe la solicitud en la secretaría y la pasa al Despacho de la Defensora de Familia.

La Defensora de Familia revisa y debe presentarla al Comité de Adopciones, en donde vaya a ser presentado el caso del menor. El Comité estudia la solicitud de la Casa, al igual que el de las parejas colombianas y extranjeras en la lista de espera.

El trámite al que se hace referencia dura máximo un mes, ya que la Casa de Adopción presenta la solicitud porque es conocedora que el niño ya tiene definida su situación y va a ser presentado al Comité de Adopciones, por lo que remite la solicitud, la presentación de la misma depende de la remisión de la historia del menor al Comité.

La forma de asegurar que las solicitudes de las casas lleguen oportunamente, es verificando semanalmente en la preparación al Comité si existen las mismas para ser presentadas.¹⁷

¿Es posible que una casa de adopción solicite la asignación de un menor específico para ser dado a una pareja que ha realizado el trámite en esa misma casa de adopción? En caso de ser ello posible cómo se armoniza el proceso de adopción que puede haber estado surtiendo con otro adoptante respecto del mismo menor?

Si es posible que una casa de Adopción solicite la asignación de un menor específico, para una familia que ha realizado el trámite con ellos.

La manera de armonizar esta solicitud, con las de otros adoptantes, corresponde al Comité de Adopciones, quien cuando llega una solicitud de una casa de adopción, observa frente a las solicitudes de familias que se encuentran en lista de espera, aspecto como la antigüedad en la solicitud, ya que en Bogotá hay familias en lista de espera desde el año 2003, observa igualmente la prevalencia de las familias colombianas, la edad de los adoptantes y las características del niño y de las familias, como por ejemplo lo mencionado, frente a la necesidad del niño de atención (entonces se busca familias en donde uno de los miembros se encuentre en la casa), por ejemplo la apertura de la familia frente a la raza, a situaciones de salud del niño o la necesidad del niño de tener papá y mamá o hermanitos, todos los aspectos que nos señale el equipo psico-social que conoce al niño y ha trabajado su proceso, deben ser tenidos en cuenta para una asignación y por lo tanto para una adecuada ponderación frente a otras solicitudes como las de las Casas de Adopción.¹⁸

¿Porqué la solicitud de adopción presentada por la Casa de Adopciones para ser tenida en cuenta en el Comité de Asignación del menor de la referencia que tuvo lugar el 25 de julio de 2006 y que fue radicada el 7 de julio de 2006 en el ICBF, según se alega, no fue conocida y luego considerada?

En el acta que se levanta en cada Comité y concretamente en la que corresponde al Comité celebrado el día 25 de julio de 2006, se observa que no se presentó ninguna solicitud de casa de adopción para el menor Julio, por lo que solo se procedió a la asignación normal con las familias en lista de espera de la Regional, sin tener en cuenta ninguna otra solicitud.

Se observa en el archivo que dicha solicitud fue tramitada el día 27 de julio de 2006, informando a la casa de Adopción el día 3 de agosto de la asignación del niño y devolviendo la documentación.

De la misma forma se allega un llamado de atención de la Coordinación de Adopciones de la Sede Nacional para que en futuras ocasiones las solicitudes de las casas de Adopción sean llevadas sin excepción al Comité, oficio recibido el día 15 de noviembre de 2006.¹⁹

¿Dado lo sucedido en el caso en el proceso de adopción del menor Julio qué decisiones ha tomado el ICBF para valorar el interés de la pareja presentada por la Casa de Adopciones en adoptar a un menor colombiano?

Teniendo en cuenta que la pareja es de la casa de Adopción, el ICBF, no conoce su proceso, ni situación actual. Es del soporte de la casa asignarle a un menor o presentarla nuevamente; no teniendo el ICBF seguimiento en las parejas que preparan estas casas, solo tiene la responsabilidad y seguimiento de los menores que se encuentran allí bajo medida de protección.²⁰

¿Desde el momento en que fue asignado el menor al adoptante de nacionalidad española, se le ha informado al menor de esa decisión y qué procesos administrativos y sicosociales se han seguido con éste?

Desde el momento en que Julio fue asignado, se le informó al niño de su asignación como parte de su proceso de preparación, incluso se tenía fijada como fecha para su entrega con su padre adoptante el día 26 de octubre de 2006, suspendiendo la misma porque se encontraba en curso la acción de tutela.

Para el niño fue impactante la suspensión de su entrega, ya que se encontraba preparado para la misma. El proceso administrativo que se ha surtido con el, se enmarca en los seguimientos realizados por el equipo a cargo del niño, por el Equipo de Adopciones y por el equipo de la Casa de Adopciones, ya que su situación legal se encuentra definida. Sin embargo, se resalta que a nivel psico-social se han realizado los seguimientos del menor, no solo por encontrarse bajo medida de protección, sino por la afectación que ha tenido al no haberse dado su entrega, procediendo a explicarle que la misma se había suspendido, frente a lo cual el niño ha preguntado constantemente si su papá todavía lo quiere, teniendo la expectativa que se va a ir con el señor Español, a quien le mando una carta de navidad, reconociéndolo como padre. De otro lado por medio de la representante del señor español se ha tenido conocimiento del interés que mantiene en la entrega del niño y en empezar a ser el padre para éste.²¹

Junto con las mencionadas respuestas se adjuntan los siguientes documentos:

4.1.2. Informe de Seguimiento a Julio realizado el 29 de diciembre de 2006 para el Comité de Adopciones del ICBF.

Julio fue asignado al adoptante español y el encuentro se programo para el día 26 de octubre de 2006, lo cual no se llevó a cabo por razones de tipo legal.

Teniendo en cuenta lo anterior el niño manifiesta su inconformidad por el cambio de decisión, demostrándola a través del llanto y ansiedad por la posibilidad de perder la figura paterna con la cual ya se identificaba.

Se realizó un proceso de acompañamiento por parte del equipo psicosocial del CURN a través del cual el niño pudo expresar sentimientos de frustración, aceptación y cortos periodos de duelo, logrando recuperar nuevamente la confianza.

Actualmente se observa tranquilo y motivado hacia el futuro encuentro con su padre, con el cual ha mantenido algún tipo de comunicación, a través de regalos y cartas mutuas para la época de navidad.

Julio manifiesta estar dispuesto a esperar el encuentro con su padre antes de pensar en otra familia.²²

Informe de Psicología realizado por la Casa de Adopciones:

Motivo del Informe: dar a conocer el estado emocional del niño a las autoridades competentes, esto por petición de la psicóloga del CURN asignada al caso.

Informe del Equipo Técnico con Profesionales del CURN realizado el 26 de octubre de 2006²⁴:

Se procede a entrevistar al niño por la psicóloga del programa de Adopciones, encontrando en Julio con actitud abierta, afectiva y sensible; al preguntarle cómo se encuentra, de manera rápida y espontánea manifiesta estar muy triste, haber llorado el día anterior cuando se entera de la suspensión de la entrega con el adoptante español posteriormente asume una postura corporal rígida y exige explicación del motivo por el cual no se dio la entrega con su

padre, programada para el día de hoy; de manera reiterativa y firme expresa el deseo de estar muy pronto con él y la familia extensa (abuelos, tíos, primas, etc.) y pide una fecha concreta para el encuentro con su padre.

Posteriormente se escucha a las profesionales del CURN, quienes manifiestan que frente a la decisión de la suspensión de la entrega, les preocupa la afectación emocional a la que puede estar expuesto el niño, alcanzando a pensar Julio que fue rechazado por el padre, expresando sentimientos de culpa e incertidumbre. Manifiestan así mismo que en la decisión que se tome, debe primar el interés superior del niño y sus derechos. En el caso que nos ocupa, Julio ha manifestado el deseo de irse con la familia que se le ha asignado y estar muy afectado por la suspensión de dicha entrega.

Se resalta que en conversación telefónica con al Doctora María del Pilar Cala (psicóloga de la Casa de Adopciones), en el día de ayer en horas de la tarde, manifestó su preocupación por el estado anímico de Julio, expresando detalladamente que el niño lloró toda la mañana al saber de la suspensión de la entrega, información que se ratifica por parte de las Profesionales del CURN en el día de hoy, las que tuvieron diálogo con la Profesional mencionada.

Teniendo en cuenta lo anterior consideramos que es importante establecer estrategias de intervención para poder brindarle contención emocional a Julio, con el fin de lograr restaurar la confianza en sí mismo, en las entidades que manejan el caso y por supuesto en su futuro padre y familia extensa.²⁵

Informe de intervención del niño Julio realizado el 3 de octubre de 2006.

Objetivo: establecer la motivación y estado anímico del niño Julio, frente a su adopción con el adoptante español.

Desarrollo de la intervención. En la intervención puedo evidenciar que Julio tiene claridad sobre el significado de la adopción, es conciente del proceso, del tiempo que debe estar con su futuro padre en la ciudad de Bogotá, para viajar posteriormente a Madrid, donde se radicará definitivamente con él. Al respecto lo observo motivado, tranquilo, y con el deseo de que llegue el momento de la entrega.

Julio conoce aspectos específicos de la vida de su futuro padre (profesión, ciudad donde reside) y en general la conformación de su familia extensa. Así mismo muestra curiosidad por conocer los documentos que reposan en el Dossier del adoptante español y en especial el interés que surgió de él para ser padre a través de la adopción.

Esta actitud del niño demuestra que desea la adopción con el adoptante español y no evidencio en ningún momento afectación emocional o sentimientos de temor o inseguridad por la asignación del niño a una familia monopaternal.

4.1.3. Mediante escrito allegado el 23 de enero de 2007 la Casa de Adopciones respondió a las preguntas que se le realizaron de la siguiente manera:

Para responder a las preguntas debemos explicar ante todo, que la razón para haber instaurado la acción de tutela, fue la información que tuvimos de que el Comité de Adopción de la Regional Bogotá del ICBF no había considerado la solicitud de adopción de una familia italiana que la Casa de Adopciones le había presentado, aduciendo el citado Comité que no la habían recibido oportunamente.

La Casa de Adopciones, como es obvio, no pretendía al presentar esta familia que de todas formas fuera escogida para adoptar al niño Julio. Lo que buscaba era que el Comité contara con un mayor número de solicitudes para que pudiera escoger entre todas, las que más beneficiara al niño.

Nos pareció extraño lo que aducían, porque teníamos en nuestro poder el comprobante de recibido de la solicitud con fecha bien anterior a la del día en que se celebró la reunión del Comité y junto con la carta con que nos comunicaron esta decisión, nos devolvieron dicha solicitud.

Nos pareció injusto con el niño privarlo de esta posibilidad y por tal motivo instauramos la acción de tutela basados en los argumentos planteados en nuestra demanda, que resumimos más adelante y teniendo en cuenta mas que todo que era un medio especialmente ágil que no haría mas dolorosa para el niño una espera adicional para encontrarle el hogar más adecuado para su desarrollo.

Desafortunadamente el fallo de primera instancia no nos concedió la razón con argumentos

que no compartimos y para evitar más inconvenientes al niño nos abstuvimos de apelar el fallo, pues esto alargaría considerablemente el tiempo de espera. Quedaba eso si, la posible revisión de la sentencia por parte de la Honorable Corte Constitucional, que si la escogía, era la mejor oportunidad para fijar y precisar pautas para la mejor interpretación de los principios que nosotros consideramos no se tuvieron en cuenta al resolver este asunto.

Nuestros argumentos pueden resumirse así:

La Casa de Adopciones de manera alguna se opone a la adopción de menores por parte de personas solteras. Es más, guarda inmensa gratitud con muchos de estos padres que han desarrollado una gran tarea y han conformado hogares que le han permitido a sus hijos tener un desarrollo integral dentro de un ambiente rodeado de amor. Con seguridad en el futuro se seguirán dando las circunstancias para asignar niños en adopción a padres o madres solteros.

Pero también cree, que por regla general (que claro admite excepciones) cuando exista entre los solicitantes igualdad de condiciones en otros aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de escoger unos padres adoptante, el mejor hogar que puede ofrecérsele a un niño es el conformado por un hombre y una mujer y siempre que exista esta posibilidad, considera que se debe preferir frente a una familia monoparental. Creemos que no puede alegarse ninguna razón para evitar escogerla, por muy importantes que nos parezcan los argumentos que se aleguen a favor de los solicitantes, cuando estos intereses sean ajenos al propio interés del menor.

(...)

En el momento en que se busca garantizar el derecho del niño a tener una familia, hay que pensar que la que se escoja deberá cubrir buena cantidad de otros derechos como son: el derecho a la salud y a la seguridad, la alimentación equilibrada, el cuidado, la cultura, la recreación, el amor y la educación, entre otros. Es indudable, cuando existen varias solicitudes, que estas deben estudiarse para ver cual de ellas y en mejor medida puede satisfacer de mejor forma el mayor número de ellos. El amor y el cuidado que pueden ofrecer un padre y una madre es mayor y seguramente satisface de mejor forma la necesidad que de él tiene el niño, que el que puede dispensar un padre soltero, o como la atención que puede dar una madre que tiene la posibilidad de dedicar más tiempo a la atención y al cuidado

personal de sus hijos.

No se ve la razón para que sea la suerte (el tiempo de espera que lleva la solicitud de adopción, por ejemplo) y no el estudio y el análisis en cada caso, la que defina el futuro del niño con el pretexto de garantizar los supuestos derechos de los mayores a adoptar un niño, sin reparar, insistimos, en que los derechos de los niños prevalecen sobre los de todos ellos.

El fallo ni siquiera reflexionó sobre este punto y se dedicó en términos generales a explicar que los solicitantes solteros tenían derecho a adoptar y estaban en igualdad de condiciones frente a cualquier otro pretendiente por el solo hecho de haber sido declarados idóneos para este propósito, lo que lleva a concluir, al final de cuentas, que el orden cronológico de la lista de adoptantes es en definitiva el que debe imperar, sin entrar a estudiar en cada caso cual, entre todas las solicitudes es la que más le conviene al niño.

Considerando los beneficios que para la socialización del niño tiene el crecer en una familia integrada, éstos compensan el duelo que puede hacer el niño por una familia monoparental con la que no ha tenido contacto personal todavía. El niño finalmente entenderá que se buscó lo mejor para él.

Todo lo anterior nos obliga a insistirle a la Honorable Corte Constitucional que sea ella en esta oportunidad la que dirima esta situación y si es del caso disponga que el Comité de Adopción del ICBF, Regional de Bogotá, estudie de nuevo el caso del menor Julio para confirmar o no la asignación inicial al padre de nacionalidad española y estado civil soltero, frente a otras solicitudes de familias conformadas por padre y madre que la Casa de Adopciones pondría a la consideración del Comité.²⁶

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico a resolver

La Sala encuentra que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Incurrió el ICBF en una vulneración al interés superior del menor Julio cuando escogió como padre adoptante a un extranjero soltero que había cumplido con todo el trámite legal para adoptar un niño en Colombia y no tuvo en cuenta en dicha decisión a una pareja igualmente extranjera que también había culminado el trámite legal para realizar solicitudes de adopción, debido a que su solicitud no llegó a la dependencia correcta del ICBF antes de que se llevara a cabo la sesión del Comité de Adopción, a pesar de haber sido radicada en esas dependencias varios días antes de dicha sesión?

Para resolver el problema planteado, primero, se reiterará la jurisprudencia de esta Corte sobre la prevalencia del interés superior del menor como criterio determinante de todas las decisiones públicas o privadas sobre un menor para luego, aplicar los parámetros jurisprudenciales al caso concreto y determinar si ha existido una vulneración a los derechos del menor.

3. Reiteración de la jurisprudencia sobre la prevalencia del interés superior de los menores.

En virtud del artículo 44 de la Constitución la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así, los derechos de los niños, que han sido considerados como fundamentales, son los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. De acuerdo a la prevalencia de los derechos mencionados y a la consecuente obligación del Estado para la satisfacción de los mismos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el objetivo de toda actuación oficial o privada debe estar guiada ha garantizar esos derechos.

Los principios de protección especial de la niñez y preservación del interés superior del menor se encuentran consagrados en diversos tratados e instrumentos internacionales. Así, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3 dispone:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.²⁷

A su vez, el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño indica:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

En armonía con las anteriores disposiciones internacionales la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia establece:

Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Artículo 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

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.

Artículo 22. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

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

En oportunidades anteriores²⁸ y en armonía con las normas citadas, la jurisprudencia de la Corte ha recogido los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores y que deben guiar toda actuación oficial o privada que los involucre. Se dijo: “i) la prevalencia del interés del menor²⁹; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere³⁰; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad³¹.”³²

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte³³ ha establecido que las decisiones en las que se involucre un menor deben atender a criterios jurídicos relevantes y basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas específicas del caso que rodean al menor para lograr la protección de su interés superior:

La determinación del interés superior del menor se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto: “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,³⁴ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”. Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que pueden guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior de un menor y

cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares. La aplicación de tales lineamientos, proporcionados por el ordenamiento jurídico, se debe combinar con la consideración cuidadosa de las especificidades fácticas que rodean a cada menor en particular, para efectos de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente. Según estableció la Corte en la providencia que se cita, “para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas-las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-, como (ii) jurídicas-los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”. Como corolario de lo anterior, se tiene que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección-deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más 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.³⁵

En la sentencia T-808 de 2006³⁶ se reiteraron los criterios jurídicos generales relevantes para determinar el interés superior del menor:

A saber: (1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado. De conformidad con lo señalado en la sentencia T-397 de 2004, la delimitación de cada uno de esos criterios es la siguiente:

4.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor. Dispone el artículo 44 de la Carta, en su segundo inciso, que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; es decir, debe propenderse en todo caso por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad. El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷[100] y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño, arriba citado.

4.1.2. Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. La Constitución Política enumera expresamente, en su artículo 44, algunos de los derechos fundamentales preexistentes de los niños: (i) la vida, (ii) la integridad física, (iii) la salud, (iv) la seguridad social, (v) la alimentación equilibrada, (vi) el nombre, (vii) la nacionalidad, (viii) tener una familia y no ser separados de ella, (ix) el cuidado y el amor, (x) la educación, (xi) la cultura, (xii) la recreación y (xiii) la libre expresión de su opinión. Sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en ésta enumeración; el artículo 44 Superior establece, en la parte final de su inciso primero, que los niños “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. Estos otros derechos de los niños, que también tienen rango constitucional y fundamental-bien sea por constar con tal carácter en la Carta Política o por expresa incorporación del Constituyente que se acaba de citar-incluyen, en lo pertinente para la resolución del asunto bajo revisión, los derechos a (xiv) la igualdad real y efectiva- especialmente por su condición de debilidad manifiesta, que obliga al Estado a sancionar los abusos o maltratos cometidos contra ellos y a adoptar medidas que los favorezcan- (C.P., art. 13); (xv) la intimidad personal y familiar (C.P., art. 15); (xvi) el libre desarrollo de su personalidad- una de cuyas facetas es el derecho a gozar de las condiciones necesarias para su desarrollo armónico y a verse libres de perturbaciones arbitrarias de dicho proceso, entre otras manifestaciones-(C.P., art. 16); (xvii) la paz, en particular la paz familiar (C.P., art. 22); (xviii) no ser molestados en su persona o su familia por las autoridades (C.P., art. 28); (xix) el debido proceso, especialmente en el curso de las actuaciones judiciales y administrativas que les afecten (C.P., art. 29); (xx) ser protegidos “frente a toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las

actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2-2); (xxi) que las autoridades y los particulares, en todas las medidas que les conciernan, atiendan a su interés superior en tanto consideración primordial (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1); (xxii) conocer a sus padres y ser cuidados por ellos “en la medida de lo posible” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1); (xxiv) “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1), y recibir “la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” en los casos en que hayan sido privados ilegalmente de alguno o todos los elementos de la misma (id.); (xxv) “no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia” y recibir protección legal contra tales injerencias (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16); y (xxviii) que se adopten todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono o de trato cruel, inhumano o degradante, en un ambiente que fomente su salud, su dignidad y el respeto de sí mismos (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39). Se reitera que éstos son sólo algunos de los múltiples derechos constitucionales fundamentales, prevalecientes y de aplicación inmediata de los que son titulares los niños; la Sala únicamente ha citado los que resultan pertinentes para la presente decisión.

4.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría “riesgos prohibidos” se encuentran varios tipos de situaciones que deben ser evitadas o suprimidas a toda costa para proteger a los niños involucrados, tanto por parte de las autoridades competentes como por la familia y la sociedad. Algunos de estos riesgos prohibidos fueron expresamente previstos por el Constituyente, tales como (i) la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12), (ii) los abusos y maltratos (C.P., art. 13), (iii) la esclavitud, la servidumbre y la trata (C.P., art. 17), (iv) ser molestados en su persona o su familia (C.P., art. 28), (v) cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), (vi) toda forma de abandono (C.P., art. 44), (vii) todo tipo de violencia física o moral (C.P., art. 44), (viii) el secuestro en todas sus modalidades (C.P., art. 44), (ix) cualquier forma de venta (C.P., art. 44), (x) todo tipo de abuso sexual (C.P., art. 44), (xi) cualquier forma de explotación laboral (C.P., art. 44),

(xii) toda explotación económica (C.P., art. 44) y (xiii) cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). El artículo 8 del Código del Menor recoge algunos de estos mandatos protectivos, al disponer que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”. Igualmente, al consagrar en su artículo 30 un catálogo de situaciones irregulares en las que pueden verse envueltos menores de edad, el Código del Menor proporciona una indicación adicional de ciertos riesgos graves que deben ser prevenidos y remediados en todo caso, a saber: (xiv) el abandono o el peligro³⁸[101], (xv) la carencia de la atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas, (xvi) la amenaza de su patrimonio por quienes lo administran, (xvii) la participación del menor en una infracción penal, (xviii) la carencia de representante legal, (xix) la existencia de deficiencias físicas, sensoriales o mentales, (xx) la adicción a sustancias que produzcan dependencia o la exposición a caer en la drogadicción, (xxi) el trabajo en condiciones no autorizadas por la ley, o (xxii) en general, toda “situación especial que atente contra sus derechos o su integridad”. Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte³⁹[102], ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

4.1.4. Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor. Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte⁴⁰, el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto. En otras palabras, afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos; según se precisó en la antecitada sentencia T-510 de 2003, “el sentido mismo del verbo ‘prevalecer’⁴¹ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer

plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’⁴²⁴³. Por otra parte, si bien es cierto que debe preservarse un equilibrio entre los derechos del niño y los de sus familiares, cuando tal equilibrio se altere, y se presente un conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del menor, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor: “de allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor-tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso”⁴⁴.

4.1.5. Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado. En todo caso, es necesario que las autoridades o los particulares encargados de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado se abstengan de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Constitucional, por ejemplo, en casos relacionados con disputas sobre la custodia y el cuidado de menores de edad, lo cual resulta especialmente relevante para el caso presente; así, en la sentencia T-442 de 1994⁴⁵ se explicó que “en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado. (...) la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”. Precisa la Corte, sin embargo, que ello no puede interpretarse como una desventaja para las familias o personas de escasos

recursos que pretenden la custodia o cuidado de un niño que se encuentra bajo el cuidado de una persona o familia más acomodada; la desmejora en las condiciones se refiere a las características sustanciales del cuidado que está recibiendo o que podría recibir un menor de edad, y a la forma en que éstas le permiten materializar plenamente sus derechos fundamentales-objetivos ambos que toda familia apta está en condiciones de cumplir, independientemente de su nivel de ingresos⁴⁶.”⁴⁷

4. Reglas a tener en cuenta en la asignación de un menor a una familia adoptante.⁴⁸

El Código de la Infancia y la Adolescencia establece la adopción como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece la manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”⁴⁹ Esta tiene como finalidad garantizar a un menor en estado de abandono su derecho a la familia y por lo tanto brindarle las mejores condiciones para un desarrollo integral y armónico en aras de satisfacer su interés superior. Así mismo, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece los requisitos para quien desee adoptar:

Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Parágrafo 1°. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

Parágrafo 2° Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores⁵⁰.

Quienes desean adoptar deben surtir un procedimiento ante el Instituto de Bienestar Familiar o ante una entidad autorizada⁵¹ con el fin de que certifiquen la “idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes”⁵². La decisión sobre la asignación de un menor a un padre/padres adoptante/s le corresponde al Instituto de Bienestar Familiar o a una entidad autorizada para el efecto:

Artículo 73. Programa de adopción. Por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las Instituciones Autorizadas por este para desarrollar el Programa de adopción a través de su Comité de Adopción serán la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables.

Inciso 3º (corregido por el Decreto 4011 de 2006, artículo 2º.) En la asignación de la familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código. El incumplimiento de esta norma dará lugar a las acciones disciplinarias del caso e invalidará la citada asignación.

Parágrafo 1°. Las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción garantizarán plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, mientras permanezcan bajo su cuidado y no podrán entregarlos a persona alguna sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Código.

Parágrafo 2°. Integración de los comités de adopciones. Los Comités de Adopciones del ICBF

y de las instituciones autorizadas, estarán integrados por el Director Regional del ICBF o su delegado, el director de la institución o su delegado, un trabajador social, un psicólogo y por las demás personas que designen, según sea el caso, el ICBF o las juntas directivas de las instituciones.

Parágrafo 3°. Los Requisitos de Acreditación para agencias o instituciones que presten servicios de adopción internacional deberán incluir la presentación de pruebas que indiquen una sólida situación financiera y un sistema efectivo de control financiero interno, así como auditoría externa. Se exigirá a estas entidades que mantengan estados contables, para ser sometidas a supervisión de la autoridad, incluyendo una declaración detallada de los costes y gastos promedio asociados a las distintas categorías de adopciones.

La información concerniente a los costes, gastos y honorarios que cobren las agencias o instituciones por la provisión de servicios de adopción internacional deberá ser puesta a disposición del público. 53

Así mismo, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece una preferencia para los adoptantes colombianos sobre los extranjeros:

Artículo 71. Prelación para adoptantes colombianos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones autorizadas por este para adelantar el programa de adopción, preferirán, en igualdad de condiciones, las solicitudes presentadas por los y las colombianas, cuando llenen los requisitos establecidos en el presente Código. Si hay una familia colombiana residente en el país o en el exterior y una extranjera, se preferirá a la familia colombiana, y si hay dos familias extranjeras una de un país no adherido a la Convención de La Haya o a otro convenio de carácter bilateral o multilateral en el mismo sentido y otra sí, se privilegiará aquella del país firmante del convenio respectivo.⁵⁴

En conclusión, el proceso de adopción de un menor en Colombia requiere la presentación de una solicitud de adopción ante el ICBF o ante una institución autorizada para el programa de adopciones. La solicitud debe cumplir con requisitos mencionados en las anteriores normas, es decir, los posibles adoptantes deben: i) ser mayores de 25 años, ii) tener al menos 15 años más que el adoptable; y iii) contar con una certificación por parte del ICBF o de una institución autorizada sobre su idoneidad física, mental, moral y social. Una vez se cumplan con los anteriores requisitos la solicitud pasa a un Comité de Adopciones, que considerará a

los solicitantes para la adopción de un menor. Después de que el Comité de Adopciones asigne al menor, los adoptantes conocen la identidad y la historia del menor asignado y deciden si lo aceptan o no. Una vez se da la aceptación, se procede a hacer la entrega del menor para cumplir un proceso de integración que es supervisado por el ICBF. Si la integración es satisfactoria, el ICBF o la institución autorizada para el programa de adopciones, de acuerdo a la nueva Ley de Infancia y la Adolescencia, expide una constancia sobre la integración personal del niño, niña o adolescente con el adoptante o adoptantes para que se proceda a interponer la correspondiente demanda que declara la adopción.⁵⁵

La Sala advierte que el trámite reseñado corresponde, como se anotó, a las disposiciones de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Sin embargo, el trámite del presente caso se hizo con base en las disposiciones vigentes en ese momento, las del Código del Menor, que también han sido mencionadas al pie de página de cada una de las normas citadas.

Teniendo en cuenta las reglas que se acaban de reiterar, procederá ahora la Sala a evaluar si se ha respetado el interés superior de Julio en su asignación por parte de las autoridades del Instituto de Bienestar Familiar a un padre adoptante.

Un examen detenido de los documentos que integran el proceso de declaración de abandono y asignación de padre adoptante del menor Julio muestra que el ICBF respetó el contenido esencial de sus deberes de acuerdo a los criterios jurídicos relevantes que atienden al interés superior del menor.

De acuerdo a los documentos que hacen parte del expediente de declaración de abandono y adopción del menor Julio se puede establecer que el menor fue puesto al cuidado del ICBF desde que tenía 6 años de edad, debido a una historia de maltrato y abandono por parte de su madre y de su familia extensa⁵⁶. El 7 de abril de 2006 fue puesto al cuidado de la Casa de Adopciones. Una vez fue declarado judicialmente en abandono comenzó el procedimiento para su adopción. De acuerdo a la Historia Integral del menor para adopción realizada el 29 de junio de 2006 por la Casa de Adopciones se encuentra lo siguiente:

Julio es un niño sociable y respetuoso que no presenta problemas en sus relaciones ni con pares ni con adultos.

Área psicológica: a nivel de psicología se aplica la Escala de valoración cualitativa del Desarrollo Psicológico, obteniéndose los siguientes resultados:

-En el proceso de relación con los demás, a nivel de comunicación verbal el niño utiliza frases completas, respetando reglas gramaticales y con buena pronunciación, a nivel de comunicación no verbal escribe su nombre; en el nivel de interacción (independencia y cooperación) busca soluciones propias ante dificultades cotidianas y explica a sus compañeros porque las reglas del juego no se pueden cambiar. En cuanto a la construcción de normas (autonomía), pide que le expliquen las normas y prohibiciones.

-En el proceso de relación consigo mismo, a nivel de identidad personal Julio identifica algún distintivo (uniforme, aviso) del programa o institución al que asiste; en el nivel de identidad de género diferencia a los hombres y las mujeres por las características físicas propias y sabe que cuando crezca seguirá siendo hombre. En la parte de autoestima, Julio reclama sus derechos o los que cree merecer. En relación al manejo corporal, goza de desarrollando destrezas deportivas. (...)

Personalidad. Es un niño receptivo, abierto, poco cohibido, emocionalmente estable y sereno. Acepta su entorno sin problema. Confía en sí mismo y en los demás. Es relajado y parece estar en armonía con la vida; es paciente, modesto, inocente, sencillo y agradable. Se torna bondadoso, se preocupa por que la gente se sienta cómoda unen a las personas. Es un buen mediador. Es dócil, adaptable, conciliador e idealista.

(...)

Evaluación y recomendaciones. En conclusión se observa en Julio un adecuado desarrollo de habilidades comunicativas a nivel expresivo y comprensivo, motor, cognositivo y emocional.⁵⁷

En el resumen general para el Comité de Adopciones del ICBF de Julio se recomienda que “teniendo en cuenta que Julio se encuentra en situación de abandono físico y/o moral por parte de sus progenitores, se considera conveniente que él cuente con una familia que le brinde amor y los cuidados necesarios para su desarrollo integral.”⁵⁸

El 3 de octubre de 2006 la psicóloga de adopciones del ICBF, Regional Bogotá, Grupo de

Asistencia Técnica, realizó un informe de intervención del niño Julio:

Objetivo: establecer la motivación y estado anímico del niño Julio, frente a su adopción con el señor XXX.

En la intervención puedo evidenciar que Julio tiene claridad sobre el significado de la adopción, es conciente del proceso, del tiempo que debe estar con su futuro padre en la ciudad de Bogotá, para viajar posteriormente a Madrid, donde se radicará definitivamente con él. Al respecto lo observo motivado, tranquilo, y con el deseo de que llegue el momento de la entrega.

Julio conoce aspectos específicos de la vida de su futuro padre (profesión, ciudad donde reside) y en general la conformación de su familia extensa. Así mismo muestra curiosidad por conocer los documentos que reposan en el Dossier del adoptante español y en especial el interés que surgió de él para ser padre a través de la adopción.

Esta actitud del niño demuestra que desea la adopción XXXX y no evidenció en ningún momento afectación emocional o sentimientos de temor o inseguridad por la asignación del niño a una familia monoparental.⁵⁹

Las anteriores evaluaciones muestran que el menor a pesar de tener un historia de maltrato es un niño tranquilo y que ha superado de manera positiva su situación. En las evaluaciones psicológicas del menor y en los informes enviados al Comité de Adopciones no se hizo ninguna anotación respecto a un tipo específico de familia. Por lo tanto, el menor no presenta ninguna característica especial que requiera un tipo de familia determinada para lograr un desarrollo armónico e integral.

De acuerdo a los criterios generales para establecer cuáles son las condiciones que satisfacen el interés superior de un menor en situaciones concretas debe atenderse tanto a consideraciones jurídicas como facticas, como se dijo en el aparte 3 de esta providencia.

Las condiciones jurídicas corresponden a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil; en el presente eran aplicables al momento las disposiciones del Código del Menor. Los criterios relevantes para el caso que la jurisprudencia ha señalado para determinar el mejor interés del menor son: i) la garantía del

desarrollo integral del menor; ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; y iv) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.

Los tres primeros criterios son garantizados por el proceso de selección del padre adoptante de acuerdo a los requisitos establecidos por el Código de La Infancia y de la Adolescencia. Como se reseñó en el aparte 4 de esta providencia el Código de la Infancia y de la Adolescencia establece que la adopción es una medida de protección para un menor que ha sido declarado en abandono. Así, el artículo 68 del mismo Código establece que puede adoptar tanto las parejas como las personas solteras siempre que i) sean capaces; ii) hayan cumplido 25 años; iii) tengan al menos 15 años más que el adoptable; y iv) cumplan con la idoneidad física, mental, moral y social requerida. El padre adoptante elegido por el Comité de Adopciones del ICBF, Regional Bogotá, cumple con los anteriores requisitos. Lo anterior se verifica con la constancia del 19 de septiembre de 2006 expedida por ICBF, Subdirección de Intervenciones Directas, Grupo de Adopciones, sobre el análisis de la documentación del padre adoptante al que le fue asignado el menor. Dice:

Que analizada la documentación del señor XXXXX de nacionalidad XXXX, según consta en los estudios realizados por las Autoridades competentes de su país que hacen parte del expediente de adopción, reúnen los requisitos de idoneidad física, mental, moral y social, requisitos que han sido avalados por el equipo de profesionales del grupo de adopciones, para que la familia pueda acoger en adopción al niño Julio nacido en santafe de Bogotá el 22 de febrero de 1999. esta certificación se expide de conformidad a lo establecido en los artículos 89 y 105, literal e) del Decreto Número 1737 de 1989, Código del Menor.

Que la presente adopción se tramita conforme a lo establecido en artículo 17 c) del “Convenio relaio a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopcion Internacional”, suscrito en la Haya en mayo de 1993.⁶⁰

Así mismo, se tiene que el Comité de Adopciones que está encargado de asignar los menores a las familias solicitantes⁶¹ se encuentra conformado por siete personas: la Directora Regional del ICBF de la Regional, quien actúa como Presidenta; la Coordinadora del Grupo de Asistencia Técnica; la Coordinadora del Grupo Jurídico; la Coordinadora del Centro

Especializado y las profesionales del Grupo de Adopciones como son la Psicóloga, la Trabajadora social y la defensora de familia quien es la secretaria del comité. El ICBF explica que la decisión de una asignación “no obedece a un capricho personal de un funcionario, sino a un estudio serio y estricto del caso, que ante todo, tiene en cuenta la situación del menor en lo que respecta a sus características, al igual que las de la posible familia adoptante.”⁶²

Igualmente, se encuentra en las pruebas aportadas por el ICBF durante el proceso que los criterios utilizados para la asignación del padre adoptante al menor fueron los siguientes:

Se procedió a socializar la historia del niño Julio y sobre todo lo que respecta a los conceptos psico-sociales (fichas integrales) del equipo a cargo del niño (DABS y Casa de Adopciones), con el fin de conocer el estado actual del menor, su evolución en el proceso y sobre todo dada su situación particular si el Equipo sugería su asignación con un tipo de familia concreta (por ejemplo en algunos casos dadas las características del niño sugieren familia compuesta por mamá y papá, en otras con hermanos, etc). En el caso de Julio el Equipo no realiza ninguna sugerencia del tipo de familia para la asignación, por lo que el Comité queda en libertad de hacerlo a cualquier tipo de familia (nuclear, monoparental o monomarental)

Se procedió seguidamente a verificar la lista de espera de la Regional Bogotá, se observó que no existían familias colombianas en espera en este rango de edad (hasta 8 años), con el fin de dar aplicación al Artículo 107 del Código del Menor, en cuanto a la prevalencia de las mismas, frente a las extranjeras, por lo que se entró a verificar las familias extranjeras en lista de espera, en la que el señor que nos ocupa de nacionalidad española, se encontraba en primer y único lugar en el rango de edad hasta 8 años. De acuerdo a lo anterior se entró a revisar su documentación, la cual es enviada por la Sede Nacional, quien declara al señor idóneo para adoptar, se socializó el estudio social realizado al adoptante único, al igual que el estudio psicológico del señor y su motivación para adoptar, encontrando que es una persona con red familiar y social de apoyo, con claridad en sus razones para adoptar y según los estudios practicados con estabilidad social, familiar y económica para asumir el cuidado del menor.

Según se verifica en el acta no obra ninguna solicitud diferente de la Casa de Adopción donde se encuentra el menor, para estudiar otra familia. En caso de haber existido se informa que es potestad del Comité con el estudio que se hace para la asignación, el darlo a

la familia presentada por la casa de adopción o no, informando luego a la casa de las razones para negarla o asignarla.⁶³

Las consideraciones fácticas corresponden a las circunstancias específicas del caso, donde cobra especial relevancia el cuarto criterio señalado: la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado. Las evaluaciones psicológicas del menor, realizadas después de la asignación del adoptante español como padre del menor, tanto por el ICBF como por la Casa de Adopciones muestran que el menor tiene conocimiento de que ya le fue asignado un padre adoptante. Así mismo, se encuentra que el menor conoce las características de éste, lo identifica como su padre, tiene gran ilusión y expectativa respecto de su nueva familia, lo anterior ha sido su respuesta al proceso de integración con la nueva familia. Así encontramos en la respuesta remitida por el ICBF que:

Desde el momento en que Julio fue asignado, se le informó al niño de su asignación como parte de su proceso de preparación, incluso se tenía fijada como fecha para su entrega con su padre adoptante el día 26 de octubre de 2006, suspendiendo la misma porque se encontraba en curso la acción de tutela.

Para el niño fue impactante la suspensión de su entrega, ya que se encontraba preparado para la misma. El proceso administrativo que se ha surtido con el, se enmarca en los seguimientos realizados por el equipo a cargo del niño, por el Equipo de Adopciones y por el equipo de la Casa de Adopciones, ya que su situación legal se encuentra definida. Sin embargo, se resalta que a nivel psico-social se han realizado los seguimientos del menor, no solo por encontrarse bajo medida de protección, sino por la afectación que ha tenido al no haberse dado su entrega, procediendo a explicarle que la misma se había suspendido, frente a lo cual el niño ha preguntado constantemente si su papá todavía lo quiere, teniendo la expectativa que se va a ir con el señor Español, a quien le mando una carta de navidad, reconociéndolo como padre. De otro lado por medio de la representante del señor español se ha tenido conocimiento del interés que mantiene en la entrega del niño y en empezar a ser el padre para éste.⁶⁴

Así mismo, el Informe de Seguimiento a Julio realizado el 29 de diciembre de 2006 para el Comité de Adopciones del ICBF dice:

Julio fue asignado al adoptante español y el encuentro se programo para el día 26 de octubre de 2006, lo cual no se llevó a cabo por razones de tipo legal.

Teniendo en cuenta lo anterior el niño manifiesta su inconformidad por el cambio de decisión, demostrándola a través del llanto y ansiedad por la posibilidad de perder la figura paterna con la cual ya se identificaba.

Se realizó un proceso de acompañamiento por parte del equipo psicosocial del CURN a través del cual el niño pudo expresar sentimientos de frustración, aceptación y cortos periodos de duelo, logrando recuperar nuevamente la confianza.

Actualmente se observa tranquilo y motivado hacia el futuro encuentro con su padre, con el cual ha mantenido algún tipo de comunicación, a través de regalos y cartas mutuas para la época de navidad.

Julio manifiesta estar dispuesto a esperar el encuentro con su padre antes de pensar en otra familia.⁶⁵

El Informe de Psicología realizado por la Casa de Adopciones indica:

Motivo del Informe: dar a conocer el estado emocional del niño a las autoridades competentes, esto por petición de la psicóloga del CURN asignada al caso.

El día viernes 22 de septiembre del año en curso la Casa de Adopciones recibió el oficio enviado por la defensora asignada informando que el niño había sido asignado al adoptante español y que el encuentro se realizaría el lunes 26 de octubre y que por este motivo la persona asignada por la casa debía llevarlo a la oficina de la doctora a las 3:30 am, el niño es informado de la noticia el lunes 25 de septiembre, durante la primera sesión de preparación para la adopción al notar que no hay imagen materna se sorprende y muestra en su cara, sin embargo lo asume como posterior a una explicación de los deferentes tipos de familia, posterior a eso el niño elabora su representación de familia conformada por su padre adoptivo y él, no quitándole la importancia a la familia extensiva pero muy consciente de que ellos están lejos de su nueva ciudad, durante el proceso de preparación para la adopción el niño exterioriza temores acerca del cambio de país haciendo preguntas como ¿Qué tal yo no entienda cuando me hablen?, ¿En España habrá volcanes que puedan explotar?, ¿Será que

me puedo ahogar en el mar?, todas sus dudas son resueltas aproximadamente a los 15 días de iniciar su preparación no vuelve a preguntar por situaciones hipotéticas que le impliquen peligro. A medida que el tiempo se acerca el niño se muestra muy ansioso por próximo encuentro, prepara las cosas para dejar la casa y anuncia en el colegio que se va en adopción para España. El 24 de octubre de 2006 llega a la casa el oficio informando que la entrega del niño ha sido pospuesta hasta próxima orden, en sesión individual se le comunica al niño la noticia, a lo cual reacciona con llanto y expresiones como: “porque me dijeron mentiras, ustedes me dijeron que me iba el 26 y mañana es 26 y no me voy”, se le explica al niño que la adopción es algo tan importante que requiere de muchos documentos y que seguramente falta alguno que no alcanzó a estar para la fecha, el niño se tranquiliza un poco y pide ir con su madrina, ella (trabajadora social) recibe al niño en su oficina y él le cuenta lo sucedido, ella normaliza su situación y el se calma. Para el día siguiente el niño permanece muy triste y lo expresa verbalmente en sesión con psicología, al niño se le explica que dos personas que conoce el CURN lo recogerán para hablar él pero al terminar regresa a la casa; al regresar cuenta que al sitio donde lo llevaron le dieron la misma información que se le había suministrado en nuestra institución, lo que para el niño es una razón para creer que no está sucediendo nada grave, sin embargo se libera al niño de la carga de pensar que él o su padre adoptante son culpables por lo que sucede. Durante los siguientes días hasta la fecha el niño ha permanecido tranquilo y a la expectativa de la llegada del oficio que informe cuando se realizará el encuentro, preguntando persistentemente. Respecto al colegio inicialmente se mostró temeroso de regresar puesto que ya había informado a sus compañeros y maestros que no lo haría, pero gracias a la comprensión y el manejo de su profesora el niño asiste sin inconvenientes.⁶⁶

Finalmente, el Informe del Equipo Técnico con Profesionales del CURN realizado el 26 de octubre de 2006⁶⁷ señala:

Se procede a entrevistar al niño por la psicóloga del programa de Adopciones, encontrando en Julio con actitud abierta, afectiva y sensible; al preguntarle cómo se encuentra, de manera rápida y espontánea manifiesta estar muy triste, haber llorado el día anterior cuando se enteró de la suspensión de la entrega con el adoptante español posteriormente asume una postura corporal rígida y exige explicación del motivo por el cual no se dio la entrega con su padre, programada para el día de hoy; de manera reiterativa y firme expresa el deseo de estar muy pronto con él y la familia extensa (abuelos, tíos, primas, etc.) y pide una fecha

concreta para el encuentro con su padre.

Posteriormente se escucha a las profesionales del CURN, quienes manifiestan que frente a la decisión de la suspensión de la entrega, les preocupa la afectación emocional a la que puede estar expuesto el niño, alcanzando a pensar Julio que fue rechazado por el padre, expresando sentimientos de culpa e incertidumbre. Manifiestan así mismo que en la decisión que se tome, debe primar el interés superior del niño y sus derechos. En el caso que nos ocupa, Julio ha manifestado el deseo de irse con la familia que se le ha asignado y estar muy afectado por la suspensión de dicha entrega.

Se resalta que en conversación telefónica con la Doctora María del Pilar Cala (psicóloga de la Casa de Adopciones), en el día de ayer en horas de la tarde, manifestó su preocupación por el estado anímico de Julio, expresando detalladamente que el niño lloró toda la mañana al saber de la suspensión de la entrega, información que se ratifica por parte de las Profesionales del CURN en el día de hoy, las que tuvieron diálogo con la Profesional mencionada.

Teniendo en cuenta lo anterior consideramos que es importante establecer estrategias de intervención para poder brindarle contención emocional a Julio, con el fin de lograr restaurar la confianza en sí mismo, en las entidades que manejan el caso y por supuesto en su futuro padre y familia extensa.⁶⁸

Los anteriores informes muestran que el menor: i) conoce de su asignación a un padre adoptante extranjero; ii) mantiene una expectativa respecto del encuentro con el adoptante a quien identifica como su padre; y iii) esperar la culminación de su adopción le ha generado problemas de “confianza”, entre otras apreciaciones de los expertos que lo evaluaron. Por lo tanto, un cambio en las condiciones del menor, en el sentido de asignar una nueva familia a éste, implicarían un nuevo impacto psicológico sobre Julio, lo cual debe ser tenido en cuenta para establecer qué es lo mejor para la satisfacción y garantía de su interés superior.

Se debe resaltar que no le corresponde al juez de tutela establecer las consecuencias específicas de una situación de esa naturaleza ya que esa tarea corresponde a los expertos en la materia. No obstante, sí le corresponde al juez de tutela identificar si un cambio en las condiciones del menor representa una vulneración a su interés superior o una amenaza de vulneración, de acuerdo a los elementos específicos ya identificados por las valoraciones de

los expertos. Es decir, cuando se tome una decisión que busque garantizar el bienestar de un menor, la decisión no puede tender previsiblemente a desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra el menor al momento de tomar la decisión. La anterior regla corresponde a uno de los criterios jurisprudenciales relevantes, ya mencionados, para identificar el interés superior del menor, el que establece “la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado”⁶⁹.

De acuerdo a las consideraciones jurídicas y fácticas del caso se encuentra que la decisión del ICBF de asignar al menor al adoptante español no desconoce el interés superior del menor o al menos, no obra prueba en el sentido de que dicho interés superior no haya sido el criterio determinante en la escogencia del padre adoptante ya que: i) el padre adoptante cumple con los requisitos legales establecidos para la adopción; y ii) un comité integrado por varios profesionales de la materia ha considerado que las condiciones del adoptante español se ajustan a las condiciones que el menor necesita para un desarrollo armónico e integral.

Al encontrar que la autoridad competente ha considerado a un extranjero como idóneo para la adopción de un menor es importante resaltar dos puntos. Primero, se debe recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que las adopciones de menores colombianos por parte de extranjeros son legítimas, e inclusive dichas adopciones pueden ser altamente conducentes para la satisfacción y garantía del interés superior de un menor, dadas las circunstancias de cada caso⁷⁰. Segundo, también es importante señalar la condición de los padres adoptantes respecto de la expectativa que tienen cuando han cumplido con los requisitos establecidos legalmente para adoptar y la autoridad competente les ha asignado un menor. En la sentencia T-510 de 2003⁷¹ se hizo alusión al tema, en un caso donde los adoptantes también eran extranjeros. Se dijo:

La anterior posición se sustenta en dos razones básicas: (a) en primer lugar, quienes se postulan como potenciales padres adoptivos obran en función de motivos fundamentalmente humanitarios, encaminados a ofrecer las condiciones para promover el interés superior del menor, a saber: el deseo de proporcionar una familia a un menor desprotegido, y de proveerle el afecto, cuidado y atención de los cuales carece; y (b) en virtud de su sometimiento de buena fe a los extensos trámites de evaluación, calificación y selección inherentes al proceso de adopción de un menor, quienes resultan elegidos por las autoridades competentes para ser padres adoptivos, cuando se ha adelantado un proceso de

adopción, adquieren una verdadera confianza legítima frente a dichas autoridades, consistente en que, a menos que se presente alguna de las causas previstas en la ley, tal proceso de adopción llegue a su término normal con la entrega del menor correspondiente, y que no sea dilatado, suspendido ni mucho menos retrotraído-regla que constituye, igualmente, una materialización del derecho constitucional al debido proceso, que se debe observar en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, incluidos los procesos de adopción-. Esta confianza legítima, que es digna de protección constitucional incluso antes de la entrega física del menor al hogar adoptivo, se fortalece significativamente cuando dicha entrega ya se ha efectuado, en forma correlativa al interés superior de dicho menor en contar con una familia estable, y adquiere el carácter de un verdadero derecho de los padres a estar con su hijo (o hija) adoptivo, y viceversa, una vez se encuentre en firme la sentencia de adopción correspondiente.

Escapa al ámbito de esta Sala comparar solicitudes de adopción con miras a establecer la idoneidad de un solicitante respecto de otro. No obstante, sí le compete verificar que la decisión sobre la idoneidad de un solicitante no haya desconocido los criterios constitucionalmente relevantes para proteger el interés superior de un menor y sus derechos prevalentes.

La Casa de Adopciones plantea legítimamente la cuestión de cuáles son los criterios para determinar en cada caso concreto si el interés superior de un menor reside en que sea adoptado por una pareja, no por un solo individuo. Al respecto señala lo siguiente: i) cuando tanto el individuo como la pareja sean igualmente idóneos, el interés superior del menor se garantiza en una mayor medida asignándolo a la pareja⁷³; ii) el criterio de asignación del menor cuando coinciden varias solicitudes de adopción no debe ser el orden cronológico en el cual fueron registradas dichas solicitudes⁷⁴; iii) aceptar que irregularidades administrativas -(v.gr. excesiva demora en el trámite interno de una solicitud de adopción que lleva a que los intereses legítimos de una pareja no sean conocidos ni considerados por el Comité de Adopciones)- conduzcan a que la solicitud de alguno(os) interesado(s) en adoptar no sea tenida en cuenta, genera implicaciones negativas para los procesos de adopción en general y para la protección efectiva del interés superior de cada menor, porque el Comité, al no conocer alguna de las solicitudes de adopción, no valora alternativas de asignación de dicho menor que podrían eventualmente ser mejores a las que efectivamente pudo considerar.⁷⁵

Esta Sala encuentra legítimas las preocupaciones que le asisten a la Casa de Adopciones. El ICBF debe asegurarse de que las solicitudes de adopción que cumplan con los requisitos sean conocidas de manera oportuna por el Comité de Adopciones. También debe estar en capacidad de identificar las eventuales fallas y demoras perjudiciales para el menor, corregirlas adecuadamente y, de ser pertinente sancionar a los responsables de las mismas. Así se ordenará en la parte resolutive de esta sentencia. Adicionalmente, el orden cronológico de presentación a las solicitudes no puede ser el criterio determinante para decidir a quién le será asignado un menor. Las razones que deben primar son las atinentes a la protección efectiva del interés superior del menor, sin importar cual solicitud fue radicada primero. Si dos solicitudes son a juicio del Comité de Adopciones equivalentes desde el punto de vista de la protección del interés superior del menor, y por lo tanto no existirían razones de fondo para preferir a un adoptante sobre otro, solo en ese evento improbable el criterio cronológico puede ser aplicado.

El punto más complejo es el atiniente a la comparación de las solicitudes de adopción. En principio, como ya se advirtió, escapa el ámbito del juez de tutela decidir entre varias solicitudes cuál debería preferirse en cada caso concreto. Ello le compete a las autoridades que tienen la información completa sobre las solicitudes, el experticio en la materia, la experiencia en la valoración y comparación de las solicitudes de adopción y el reporte técnico especializado para decidir sobre la asignación de menores en adopción. El juez de tutela puede verificar que dicha decisión respete los mandatos constitucionales, en especial los derechos de los niños y la garantía del interés superior del menor asignado. Sólo si encuentra que tales derechos y dicho interés superior han sido desconocidos en un caso concreto, puede el juez de tutela adoptar el remedio adecuado para proteger los derechos fundamentales amenazados o violados.

En el presente caso, nadie ha puesto en tela de juicio que el adoptante español sea idóneo. Incluso la Casa de Adopciones así lo reconoce. De tal manera que el punto a dilucidar es otro: en las circunstancias específicas de este caso, dado el estado en que se encuentra el proceso de adopción y habida cuenta de la relación que ya existe entre el menor y el adoptante español, ¿esta ordenado por la Constitución impedir que el menor sea entregado a dicho adoptante para reversar el proceso que se ha seguido a efectos de abrir la posibilidad de que el Comité de Adopciones considere la solicitud legítima de la pareja italiana?

A la luz del anterior punto, se presentan tres posibles caminos. El primero, consiste en mantener la decisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, sobre la asignación del menor al padre español y ordenar la continuación del proceso para que se lleve a cabo la entrega del menor al padre asignado el cual ya ha confirmado la aceptación de esa asignación. El segundo camino, consiste en que, al igual que la anterior opción, se mantenga la decisión del ICBF sobre la asignación del menor al padre español, pero así mismo, en el evento en que la pareja italiana continúe con el deseo de adoptar a un menor colombiano, ordenar que se les de una prevalencia en el orden de asignaciones, para que el primer menor que el Comité de Adopciones considere que podría ser asignado a la pareja italiana porque ello promovería el interés superior del mismo, le sea prontamente asignado. Finalmente, el tercer camino consiste en ordenar que el caso de Julio, en un breve lapso de tiempo, vuelva a ser considerado por el Comité de Adopciones para tener en cuenta a la pareja de italianos y que éste tenga la posibilidad de decidir -si existen razones poderosas que lo justifiquen dado lo avanzado del proceso y la situación del menor- asignarlo a la pareja italiana.

Para poder resolver cuál es el camino a adoptar a la luz de la Constitución, se deben atender dos consideraciones. Primero, como la Constitución ordena la protección prevalente de los derechos de los menores, sería posible impedir que el menor fuera entregado al adoptante solo en el evento en que dicha entrega comprenda claramente una vulneración del interés superior del menor. Segundo, de acuerdo al mismo mandato constitucional, el menor tiene derecho a que se le garanticen las mejores opciones para la satisfacción de sus derechos por lo que un error de trámite administrativo no puede cerrarle opciones de vida a un menor. Esta segunda consideración tiene un peso diferente según el momento que se haya identificado el error de trámite administrativo. En efecto, una es la apreciación del interés superior del menor antes de que éste sepa quién lo adoptó, como sucede en este caso, y otra es la situación si el menor no ha iniciado el establecimiento de vínculos con uno(s) adoptantes(s) específico(s), conocido(s) por él. De tal forma que en el caso del menor Julio, dado el estado del proceso de adopción⁷⁶, la idoneidad del padre asignado por el ICBF⁷⁷, las expectativas del menor⁷⁸, la iniciación de una relación específica entre el menor y el adoptante español⁷⁹, el tiempo de espera para su inclusión en un núcleo familiar adecuado para su desarrollo armónico e integral⁸⁰, las implicaciones psicológicas negativas de esa espera⁸¹ y la edad del menor⁸², se debe establecer si existe una razón poderosa para retrotraer el proceso de adopción a una etapa anterior a la que se encuentra en este

momento y abrir la opción de que el Comité estudie de nuevo el punto de la asignación del menor.

Las primeras dos opciones implican, mantener la decisión del Comité de Adopciones, que como órgano encargado de las asignaciones de los menores ha considerado la situación fáctica del menor de acuerdo a las múltiples valoraciones psicológicas de éste sobre sus necesidades familiares y ha escogido la opción que cumple con los requisitos de idoneidad establecidos en la ley⁸³. Las dos opciones se diferencian en cuanto a que la segunda tendría en cuenta la expectativa legítima que tenía la pareja italiana de haber sido considerada para la adopción de un menor, al otorgarle, en el evento en que continuarán con el deseo de adoptar a un menor colombiano, una prevalencia en el orden de asignaciones para la adopción de otro menor.

Sin embargo, se debe recordar que la expectativa de esta pareja no aseguraba la asignación de ese menor específico sino que se traducía en que fueran considerados como posibles adoptantes del menor. Si bien es posible que una institución que desarrolla programas de adopción como la Casa de Adopciones, postule a solicitantes certificados como idóneos para la adopción de un menor, esto no garantiza la asignación de ese menor específico. La postulación lo que permite es que en el Comité de Adopciones que analice el caso del menor en cuestión, se tenga en cuenta la solicitud como una de las alternativas disponibles. La decisión sobre la asignación del menor responde a la evaluación de las condiciones del menor frente a las diversas solicitudes, la cual se realiza de acuerdo a su historia personal y a las valoraciones que establecen las necesidades del menor. La evaluación de esas condiciones determina si las personas que se postulan como solicitantes se adecúan a las necesidades del menor. Lo único que podían legítimamente esperar los solicitantes italianos era ser considerados, sin garantía de asignación, en la sesión que asignó al menor Julio al solicitante español. De otro lado, no se ha alegado en este caso, ni existen indicios al respecto, que la asignación del menor al solicitante español haya sido el resultado de la carencia de otras solicitudes, o sea, que su asignación no fue efectuada bajo la consideración mínima de que nadie más solicitó adoptarlo. Por el contrario, dicha asignación se fundó en razones atinentes a las condiciones óptimas del solicitante español, así no estuviera casado o viviera sin pareja.

La tercera opción mencionada, v.gr. retrotraer el proceso, involucra una nueva valoración por

parte del Comité de Adopciones del ICBF, que a la luz del estado del proceso tendría que determinar la mejor alternativa para garantizar el interés superior del menor. Ello implicaría decidir si la mejor opción para el niño, dado el estado del proceso, es revocar la asignación del solicitante español como padre del menor para asignarlo a la pareja italiana.

Como se mencionó, la falta de consideración de la pareja italiana que la Casa de Adopciones propuso como posible familia para el menor, no respondió a una decisión deliberada para que la pareja fuese excluida de la determinación. De acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, la petición que fue radicada en la oficina de correspondencia el 7 de julio de 2006 pero, por un error carente de dolo, solo fue tramitada⁸⁴ hasta el 27 de julio de 2006, momento para el cual el Comité de Adopciones ya había tomado una decisión sobre el adoptante de Julio.

Como se ha verificado, la decisión del ICBF de asignar a Julio al solicitante español, respetó los criterios establecidos por la jurisprudencia que protegen el interés superior del menor. Desde que se tomó dicha determinación el menor ha sido parte de una preparación para su entrega. Este proceso de preparación tomó dos meses, dado que ésta estaba programada para el mes de octubre de 2006. Debido a los recursos interpuestos contra la asignación del menor la entrega ha sido suspendida por tres meses más. Así, el menor ha esperado su reunión con quien identifica como su padre por más de cinco meses. El conocimiento de su asignación, de la identidad del adoptante y las varias explicaciones que se le han tenido que dar para responder a sus interrogantes sobre la espera, han causado en el menor un impacto psicológico significativo, como se desprende de las valoraciones psicológicas ya mencionadas realizadas por la Casa de Adopciones y por el ICBF. Lo anterior se puede ver en cómo tomó el menor la dilación de su entrega, al presentar problemas de confianza, sentir que su padre lo había rechazado y al encontrarse en un recurrente estado de tristeza. Por lo tanto, abrir la puerta a una nueva consideración podría ser traumático para el menor, más cuando no se encuentra una razón poderosa que desvirtúe la idoneidad del señor español como adoptante del menor. Así, la tercera opción presentada, que consiste en retrotraer el proceso, podría ir en contra del interés superior del menor. La consideración de una opción que en otro momento hubiera podido ser deseable para promover el interés superior del menor, en este momento podría ir en contra de ese interés, habida cuenta la consolidación psicológica del solicitante español como padre para el menor, el tiempo que el menor ha esperado ser entregado a su nueva familia y las distintas reacciones que la espera le ha causado en desmedro de sus expectativas y de la confianza en sí mismo.

La falta de consideración de esa solicitud no implica que la decisión de asignación al padre adoptante vaya en contra del interés superior del menor. El Comité tomó su decisión de acuerdo a la idoneidad de los solicitantes respecto del menor Julio y, como no se ha desvirtuado que el elegido es idóneo, ni se ha demostrado que el menor estaría expuesto a riesgos de ser entregado al adoptante español, no puede esta Sala concluir que la decisión del Comité de Adopciones vulnera el interés superior del menor, así no se haya considerado a la pareja italiana. Por lo tanto, la falta de consideración de otra opción de familia para el menor, en este caso, no constituye por sí sola una razón poderosa que justifique una nueva valoración de la asignación del menor con los impactos negativos que ello podría tener para Julio, pero sí es una razón para ordenar que en adopciones futuras se le otorgue prelación a la pareja italiana.

Lo anterior no implica que la pareja italiana solicitante no sea igualmente idónea, sin embargo, al no haber sido considerada por el Comité, como hubiera sido deseable, y encontrar que el elegido cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia para garantizar el interés superior del menor no se encuentran fundamentos poderosos para que el juez de tutela continúe difiriendo la entrega del menor a la persona que fue considerada como idónea por un comité de expertos de acuerdo a las condiciones específicas y a las necesidades de ese menor. Como se dijo, la asignación en sí misma no vulnera el interés superior del menor y retrotraer el proceso podría causar mayores impactos negativos en el desarrollo del menor sin que la opción de la pareja italiana asegure, según los hechos conocidos por esta Corte, que el impacto negativo será reparado y que los beneficios para el menor son manifiestamente superiores. Sin embargo, dado que el error administrativo por parte del ICBF impidió valorar una expectativa legítima de una pareja italiana para ser considerada en un Comité de Adopción para la asignación de un menor, se ordenará que, en el evento en que la pareja italiana propuesta por la Casa de Adopciones continúe con el deseo de adoptar a un menor colombiano, se le de prevalencia en la asignación de un menor cuando ello promueva el interés superior de dicho menor.

Por las anteriores razones, la Sala considera que la acción de tutela de la referencia no prospera. En consecuencia se confirmará la decisión de instancia por las razones contenidas en esta providencia y se ordenará que el proceso de entrega del menor a su padre adoptante continúe sin más dilaciones.

III. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en los términos de esta providencia la decisión del 30 de octubre de 2006 del Juzgado diecinueve de Familia de Bogotá mediante la cual denegó la tutela y por lo tanto ORDENAR que se continúe con el proceso de adopción del menor Julio en aras de garantizar sus derechos fundamentales y promover su interés superior.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adopte las medidas para garantizar que las solicitudes de adopción presentadas por las instituciones autorizadas para llevar a cabo programas de adopción lleguen de manera oportuna a la instancia adecuada para ser debidamente consideradas en la sesión correspondiente del Comité de Adopciones.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en el evento en que la pareja italiana presentada por la Casa de Adopciones continúe con su deseo de adoptar a un menor colombiano, su solicitud tenga prevalencia en el orden de asignaciones, valorando en todo caso la promoción del interés superior del menor.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Así mismo, la ley 1098 de 2006 establece: Artículo 75. Reserva. Todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar.

Parágrafo 1°. El adoptado, no obstante, podrá acudir ante el Tribunal Superior correspondiente, mediante apoderado o asistido por el Defensor de Familia, según el caso, para solicitar que se ordene el levantamiento de la reserva y el acceso a la información.

Parágrafo 2°. El funcionario que viole la reserva, permita el acceso o expida copia a personas no autorizadas, incurrirá en causal de mala conducta.

2 Los hechos han sido complementados con los documentos adjuntados al expediente tanto por la tutelante como por el ICBF.

3 Folios 2, 147, C.2. En entrevista efectuada al menor el 12 de abril de 2005, por la defensora de familia asignada por el DABS se encuentra: “Me llamo Julio, tengo 6 años de edad, mi mamá se llama María y mi papá se llama Roberto , mi papá no se donde vive, no lo conozco y mi mamá está en La Mesa, Cundinamarca, creo que con mis abuelitos yo también vivía en La Mesa con mis abuelitos, porque mi mamá a veces me tenía y a veces me dejaba en una finca. Mi mamá me trataba mal, me pegaba mucho, me pegaba con chancletas o con correas, un día yo me rebelé y mi mamá me pego con una chancleta. Yo tengo una hermana que se llama Valeria y ella está con el papá de ella no se como se llama porque es que somos

de diferentes papas, mi mama está embarazada, por ahí con cinco meses de embarazo, ella no me ha venido a visitar por el embarazo, mis abuelitos se llamaban Lina y no se como se llama mi abuelo porque no lo conozco, ellos tampoco han venido a visitarme. Yo estoy aquí porque mi mamá me trajo a Bogotá y quedó debiendo doscientos mil de teléfono en esa casa donde vivíamos y la hija de una señora que le digo abuelita, pero no es mi abuelita, me pegó con una chancleta en la cara porque se me partió un color y no le había dicho, entonces me pegó en la cara, me hizo un morado y me mandó a dormir y no me dio comida, yo vivía ahí con ellos porque mi mama se fue y me dejo allá con esa señora que se llama Luisa, pero le decían también María y la hija se llama Carolina, ella tenía 14 años, ella era la que me pegaba con chancleta, pero la abuelita también me pegaba con palmadas y puños, mi mamá no hacía nada porque ella en ese tiempo no estaba. Yo quiero quedarme aquí en el CURN, porque aquí estoy protegido de que nadie me pegue y que nadie me maltrate. Mi mamá está demandada por la señora Luisa porque mi mamá llevaba un año sin ir a verme porque me tenía abandonado, ella la demandó en una casona. Se le pregunta al niño si conoce a Fernanda y el niño contesta: “Ella es la señora que fue a sacarme de la casa y me llevó para la casona, pero no es nada mío, ella me dijo el nombre y me dijo que me sacaba de esa casa para que Carolina no me pegara más, yo no estaba estudiando porque mi mamá no me había puesto a estudiar porque no tenía plata, ella no trabajaba, ella se acostaba con todos los hombres, una vez ella se acostó con un viejo delante de mí. Yo si tengo registro, está en Bogotá en una casa de una señora, que se llama Sonia, allá están todos mis registros.”

4 Folio 20, C. 2.

5 Folio 10, C.2.

6 Folio 20, C.2.

7 Folio 5, C.2.

8 Folio 7, C.2.

9 Folio 7, C.2.

10 Folio 11, C.2.

12 Folio 192, C. 2.

13 Folios 22-23, C.2.

14 Folios 23-24, C.2.

15 Folios 197-199. C.2.

16 Folios 15-16 , C.1.

17 Folio 16, C.1.

18 Folios 16-17, C.1.

19 Folio 17, C.1

20 Folio 17, C.1

21 Folios 17-18, C.1.

22 Folio 19, C.1.

23 Folios 21-22, C.1.

24 Participan en el informe Ana María Baquero (psicóloga) y Yaneth Cañon (Trabajadora Social) así como Claudia Alejandra Jiménez Maldonado (Defensora de Familia de Adopciones) y Adriana Trujillo Bahamon (Psicóloga de Adopciones).

25 Folios 23-24, C.1.

26 Folios 27-29, C.1.

27 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 24 dispone:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un

nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales señala en su artículo 10:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 19 dice:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

28 Ver por ejemplo las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la sentencia se explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y

el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”; sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño. En la sentencia se explicó que “...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”. Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. || 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. || 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

30 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. || 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. || 3.

Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. || Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. || Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: || 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. || 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. || 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

31 Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. || Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. || 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

32 Sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

33 Ver sentencias T-510 de 2003 MP: Manuel José Cepeda Espinosa y Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

34 Sentencia T-408 de 1995 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

35 Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

36 Sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. En la sentencia la Corte conoció de un caso en el que el padre de una menor consideraba vulnerado su derecho al debido proceso cuando mediante sentencia judicial se había otorgado permiso de salida del país a su hija sin examinar las pruebas dentro del proceso y desechar varias que, según el accionante, tendían a establecer que la separación de su padre en las circunstancias del caso concreto podían afectar su desarrollo armónico e integral y que el ambiente en el que viviría podría lesionar su integridad y seguridad personal. La Corte consideró que en efecto si se había vulnerado el derecho al debido proceso. Ver también sentencia T-446 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

Artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. (...)”

38 Dispone el artículo 31 del Código del Menor que “Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando: 1. Fuere expósito. 2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. 3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las

personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.

4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo toleren. 5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia. 6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social. 7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio, o en cualesquiera otros motivos. Par. 1: Se presume el incumplimiento de que trata el numeral 2 del presente artículo, cuando el menor está dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o cuando no convive con las personas llamadas por la ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario. Par. 2: Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación vaya en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores”.

39 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

40 Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

42 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

43 Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

45 Sentencia T-442 de 1994. MP: Antonio Barrera Carbonell.

46 Sentencia T-397 de 2004. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Sentencia T-808 de 2006. MP: Manuel José Cepeda Espinosa

48 Se advierte que las reglas del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, se encuentran vigentes desde noviembre de 2006. Por lo tanto, las normas que se usaron por el ICBF y la Casa de Adopciones como parámetro en el caso fueron las del Código del Menor. La nueva norma mantiene los aspectos esenciales de la anterior en las disposiciones relevantes para este caso. No obstante, se señalará después de cada norma citada su versión anterior.

49 Ley 1098 de 2006. Artículo 61.

50 La norme vigente cuando se analizaron las solicitudes de los adoptantes era el Código del Menor. ARTICULO 89. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido veinticinco (25) años de edad, tenga al menos quince (15) años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. El adoptante casado y no separado de cuerpos solo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea incapaz para otorgarlo. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el art. 91 del presente Código.

ARTICULO 90. Pueden adoptar conjuntamente:

1. Los cónyuges.

2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior.

51 El Instituto de Bienestar Familiar o una entidad autorizada debe expedir un certificado sobre la idoneidad de la persona o persona que deseen adoptar como requisito para poder oficializar judicialmente la adopción. La Ley 1098 de 2006 dice al respecto:

Artículo 73. Programa de adopción. Por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a restablecer el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Comité de Adopción en cada Regional y Agencia y las Instituciones Autorizadas por este para desarrollar el Programa de adopción a través de su Comité de Adopción serán la instancia responsable de la selección de las familias colombianas y extranjeras adoptantes y de la asignación de los niños, niñas y adolescentes adoptables.

Inciso 3º corregido por el Decreto 4011 de 2006, artículo 2º. En la asignación de la familia que realice el Comité de Adopción, se dará prelación a las familias colombianas de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de este Código. El incumplimiento de esta norma dará lugar a las acciones disciplinarias del caso e invalidará la citada asignación.

Parágrafo 1º. Las Instituciones Autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción garantizarán plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes susceptibles de ser adoptados, mientras permanezcan bajo su cuidado y no podrán entregarlos a persona alguna sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Código.

Parágrafo 2º. Integración de los comités de adopciones. Los Comités de Adopciones del ICBF y de las instituciones autorizadas, estarán integrados por el Director Regional del ICBF o su delegado, el director de la institución o su delegado, un trabajador social, un psicólogo y por las demás personas que designen, según sea el caso, el ICBF o las juntas directivas de las instituciones.

Parágrafo 3º. Los Requisitos de Acreditación para agencias o instituciones que presten servicios de adopción internacional deberán incluir la presentación de pruebas que indiquen una sólida situación financiera y un sistema efectivo de control financiero interno, así como auditoría externa. Se exigirá a estas entidades que mantengan estados contables, para ser sometidas a supervisión de la autoridad, incluyendo una declaración detallada de los costes y

gastos promedio asociados a las distintas categorías de adopciones.

La información concerniente a los costes, gastos y honorarios que cobren las agencias o instituciones por la provisión de servicios de adopción internacional deberá ser puesta a disposición del público.

Artículo 124. Adopción. Es competente para conocer el proceso de adopción en primera instancia el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, niña o adolescente. La demanda sólo podrá ser formulada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante apoderado.

A la demanda se acompañarán los siguientes documentos:

1. El consentimiento para la adopción, si fuere el caso.
2. La copia de la declaratoria de adoptabilidad o de la autorización para la adopción, según el caso.
3. El registro civil de nacimiento de los adoptantes y el del niño, niña o adolescente.
4. El registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes.
5. La certificación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de una entidad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, expedida con antelación no superior a seis meses, y la constancia de la entidad respectiva sobre la integración personal del niño, niña o adolescente con el adoptante o adoptantes.
6. El certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes.
7. La certificación actualizada sobre la vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentre albergado el niño, niña o adolescente, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
8. La aprobación de cuentas del curador, si procede.

Parágrafo. Para los fines de la adopción, la convivencia extramatrimonial podrá probarse por

cualquiera de los medios siguientes:

1. Inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social.
2. Inscripción de la declaración de convivencia que haga la pareja, en la Notaría del lugar del domicilio de la misma, con antelación no menor de dos años.
3. El Registro Civil de Nacimiento de los hijos habidos por la pareja.

Cuando se trate de compañeros permanentes residentes en el exterior, la convivencia extramatrimonial se probará de conformidad con la legislación del país de residencia de los solicitantes.

52 Ley 1098 de 2006. Artículo 124. La norma vigente al momento de conocer la solicitud de los posibles adoptantes era el Código del Menor. ARTICULO 105. A la demanda, con los requisitos y anexos legales, se acompañarán los siguientes documentos:

1. El consentimiento para la adopción, si fuere el caso;
2. El registro civil de nacimiento de los adoptantes y el del menor;
4. La copia de la declaración de abandono o autorización para la adopción, según el caso;
5. La certificación, con vigencia no mayor de seis (6) meses, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o una entidad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, y constancia de la entidad respectiva sobre la integración personal del menor con el adoptante o adoptantes;
6. La solicitud de adopción suscrita por el adoptante o adoptantes, presentada personalmente por ellos;
7. El certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes, expedido por autoridad competente;
8. La certificación actualizada sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentre albergado el menor, expedida por el Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar.

Parágrafo: Es prueba idónea de la convivencia prevista en el literal c) del presente artículo, cualquiera de las siguientes:

1. Declaración extraproceso de tres testigos con citación y audiencia del defensor de familia.
2. La inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las cajas de compensación familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social.
3. El acta del matrimonio celebrado ante la autoridad competente de otro país, con el llenó de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la autenticación de documentos otorgados en el exterior.
4. Inscripción en el libro de varios de la notaría del lugar de domicilio de la pareja, con antelación no menor de tres (3) años.
5. El registro civil de nacimiento de los hijos habidos por la pareja con una antelación no menor de tres (3) años. Para el cómputo de este término se tendrán en cuenta los 270 días que antecedieron al nacimiento.

ARTICULO 106. Si los adoptantes son extranjeros que residen fuera del país, deberán aportar, además, los siguientes documentos:

- a. Certificación expedida por entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada, donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del menor adoptable hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes;
- b. Autorización del gobierno del país de residencia de los dos adoptantes para el ingreso del menor adoptable;
- c. Concepto favorable a la adopción, emitido por el defensor de familia con base en la entrevista que efectúe con los adoptantes y el examen de la documentación en que la entidad autorizada para efectuar programas de adopción recomienda a los adoptantes.

Parágrafo: Los documentos necesarios para la adopción serán autenticados conforme a las

normas del Código de Procedimiento Civil, y no requieren de ratificación ulterior. Si no estuvieren en español, deberán acompañarse de su traducción, efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por un traductor oficialmente autorizado.

53 Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.

La norma vigente en el momento en que se asignó al menor era el Código del Menor.

ARTICULO 118. Solamente podrán desarrollar programas de adopción el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por éste. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo, por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a brindar hogar definitivo a un menor y comprende, principalmente, la recepción y cuidado del menor, la selección de los eventuales adoptantes y la presentación de la demanda respectiva.

54 Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.

La norma anterior y vigente al momento de declarar la asignación era:

Código del Menor. ARTICULO 107. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las entidades autorizadas por éste para adelantar programas de adopción preferirán, cuando llenen los requisitos establecidos en este Código las solicitudes presentadas por los colombianos a las presentadas por adoptantes extranjeros.

Estas entidades, cuando tramiten peticiones de adoptantes extranjeros, preferirán las solicitudes de ciudadanos oriundos de un país que haya ratificado o haya adherido a la Convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción o a otras semejantes que apruebe el Congreso Nacional. En este caso, la adopción se sujetará a las cláusulas allí establecidas.

55 Ley de Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 2006. Artículo 124. Adopción. Es competente para conocer el proceso de adopción en primera instancia el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el niño, niña o adolescente. La demanda sólo podrá ser formulada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante apoderado.

A la demanda se acompañarán los siguientes documentos:

(...)

(...)

56 Folios 51-54, Folio C.2. En la resolución se encuentra la historia del menor y las razones para confirmar su declaración de abandono. Dice: “ En lo que hace relación a Luz Mary informa la señora Dora que a la edad de 11 años fue víctima de intento de abuso sexual, que su hija proyectaba un comportamiento negativo, después de muchas vicisitudes (parece que la joven ejercía la prostitución) Luz Mary queda en embarazo de su hijo Julio. La abuela materna se acerca al Centro Zonal de la Mesa y manifiesta que no se encontraba dispuesta a apoyar a su hija, ante la posibilidad de reintegro del niño y asumir sus cuidados como red familiar de apoyo, pues sus labores domésticas, no se lo permiten y además consideraba que no era su obligación. El menor es reintegrado a su progenitora.

A pesar de la inestabilidad de su hija Dora (-la abuela-) permitió que su hija se trasladara a Bogotá en diciembre del año pasado (2004) y refiere que se enteró hace algunos meses del nuevo ingreso de su nieto a Bienestar. Asegura haber apelado la resolución de abandono por sugerencia de algunos amigos.

Observaciones comportamentales y características de personalidad. Dora Inés se muestra con baja autoestima y pobre autoconcepto; sin un proyecto de vida definido e inestable en sus relaciones afectivas de pareja. Según su propio relato ha presentado dificultades en el control de la ira, no establece relaciones interpersonales, se observa indiferente e inconsistente, de acuerdo con lo relatado sobre su rol materno, tendiendo a delegar el cuidado de los hijos a otras personas, priorizando su rol vocacional ante el materno y familiar, demostrando además desapego hacia los mismos; si bien cumple con la asistencia material a sus hijos menores, no supe sus necesidades afectivas.

En las condiciones económicas y habitacionales se determina precarias condiciones habitacionales, por lo cual se orientó con referencia al autocuidado de la salud.

Concepto psicosocial. Analizadas las situaciones expuestas por la señora Dora y los antecedentes del caso, se logra identificar que frente a su rol materno ha demostrado

negligencia y abandono al delegar el cuidado de sus hijos a terceras personas, presentando desapego afectivo, como en el caso de sus tres hijos mayores. El estilo de crianza ejercido por la señora Dora es indiferente e inconsistente, lo cual no le permite constituirse además como figura de apoyo o autoridad.(...)”

Folio 74, C.2. En el concepto de la procuraduría General de la Nación para la homologación de la declaración de abandono se encuentra: “El menor Julio ingresa nuevamente a protección el día 6 de marzo de 2005, por denuncias de maltrato en su contra por parte de personas a quienes su madre delegó su cuidado. Se estableció que desde que el niño ingreso a protección no fue visitado por familiar alguno y que no se volvieron a tener noticias de su madre. Las historia de protección se abre el día 8 de marzo de 2005 por el defensor de familia adscrito al DABS. (..) Así las cosas, considero que la medida de protección que se ha tomado a favor de Julio, en tanto la Sra. Mary Luz Henao, no cumplió con los deberes que se derivan de su calidad de madre, sometiendo al menor a su abandono, y que su abuela materna no cuenta con condiciones emocionales y económicas para asumir su cuidado, debe ser homologada””

57 Folios 175-179, C.2.

58 Folio 186. C. 2.

59 Folio 188, C. 2.

60 Folio 187, C.2.

61 Código del Menor. Artículo 119. En cada regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar funcionará un comité que tendrá a su cargo, entre otras funciones, la selección de los eventuales adoptantes y la asignación de los menores beneficiarios de la adopción, cuando el programa sea adelantado directamente por esta ciudad.

62 Folio 21, C.2. Contestación del ICBF a la tutela.

63 Folios 15-16 , C.1.

64 Folios 17-18, C.1.

65 Folio 19, C.1.

66 Folios 21-22, C.1.

67 Participan en el informe Ana María Baquero (psicóloga) y Yaneth Cañon (Trabajadora Social) así como Claudia Alejandra Jiménez Maldonado (Defensora de Familia de Adopciones) y Adriana Trujillo Bahamon (Psicóloga de Adopciones).

68 Folios 23-24, C.1.

69 Sentencia T-394 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa reiterada entre otras en la sentencia T-808 de 2006 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

70 En la sentencia T-510 de 2003 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte conoció de un caso en el que una madre biológica no tenía claridad de que había entregado a su hija al ICBF para ser dada en adopción, y no sabía que contaba con un plazo para cambiar de opinión al respecto. Cuando la menor ya había sido asignada a unos padres adoptantes extranjeros la madre biológica decidió revocar la entrega de su hija. La Corte estableció que el consentimiento que había dado la madre para entregar a su hija no había sido constitucionalmente idóneo. Después de un análisis de las condiciones de la menor y en aras de la preservación de su interés superior, se decidió que la menor debía volver con su madre biológica. No obstante, la Corte hizo alusión a la situación de los padres adoptantes extranjeros quienes tenían una expectativa legítima sobre la asignación de la menor y se les otorgó prelación, en el evento en que quisieran adoptar a otro menor en Colombia, para que su solicitud fuera revisada. Se dijo: “No obstante, nada impide que esta pareja opte por adoptar otro menor en Colombia, bien sea ya o dentro de un tiempo. El respeto por sus expectativas legítimas exige que el ICBF les ofrezca esta posibilidad, pero en condiciones especiales, habida cuenta de lo que sucedió en el presente caso y de la situación en que han quedado estos padres adoptantes. Por consiguiente, en el evento de que tales padres adoptivos decidan que quieren adoptar un hijo colombiano, se ordenará al ICBF que, previo un procedimiento de consulta con dichos padres, adelantado por un comité ad hoc de profesionales de tal institución, se les otorgue la mayor prioridad en la asignación de otro hijo adoptivo y se les ubique a la cabeza del orden de prelación correspondiente, para así evitar someterlos a los rigores y demoras de un nuevo trámite de adopción. Se entenderá para estos efectos que, además de los requisitos que compete determinar al comité ad hoc

constituido en virtud de esta providencia, abajo explicados, (i) tal pareja de padres llena con creces las cualificaciones requeridas para brindar a un menor colombiano desprotegido el hogar al que constitucionalmente-y por su condición misma-tiene derecho, y (ii) se ha dado cumplimiento a todos los requisitos necesarios para la entrega física del menor correspondiente, puesto que este era el estado del proceso en el momento en que Beatriz inició las actuaciones tendientes a recuperar a Alicia. Así se atiende, en la medida de lo jurídicamente posible, la confianza legítima de esta pareja en que un proceso en el cual participaron de buena fe, y cumpliendo los requisitos de ley, culminara exitosamente desde su perspectiva.”

71 Sentencia T-510 de 2003 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

72 Véase, en este sentido, la sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) La Corte Constitucional decidió que no violaba el derecho a la igualdad ni el derecho a tener una familia, una norma que establece como requisito para adoptar ser mayor de 25 años.

73 Folio 27, C.1. Respuesta de la Casa de Adopciones a las preguntas decretadas por la Corte mediante auto del 18 de enero de 2006. “Nuestro argumentos pueden resumirse así: (...) pero también cree, que por regla general, (claro que admite excepciones) cuando exista entre los solicitantes igualdad de condiciones en otros aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de escoger unos padres adoptantes, el mejor hogar que puede ofrecérsele a un niño es el conformado por un hombre y una mujer y siempre que exista esta posibilidad, considera que se debe preferir frente a una familia monoparental. Creemos que no puede alegarse ninguna razón para evitar escogerla, por muy importantes que nos parezcan los argumentos que se aleguen a favor de los solicitantes, cuando estos intereses sean ajenos al propio interés del menor.”

74 Folio 28, C.1. Respuesta de la Casa de Adopciones a las preguntas decretadas por la Corte mediante auto del 18 de enero de 2006. “No se ve la razón para que sea la suerte (el tiempo de espera que lleva la solicitud de adopción, por ejemplo) y no el estudio y el análisis en cada caso, la que defina el futuro del niño con el pretexto de garantizar los supuestos derechos de los mayores a adoptar un niño, sin reparar, insistimos, en que los derechos de los niños prevalecen sobre los de todos ellos.”

75 Folio 26, C.1. Respuesta de la Casa de Adopciones a las preguntas decretadas por la Corte

mediante auto del 18 de enero de 2006. “(...) la razón para haber instaurado la acción de tutela, fue la información que tuvimos de que el Comité de Adopción de la Regional Bogotá del ICBF no había considerado la solicitud de adopción de una familia italiana que la Casa de Adopciones le había presentado, aduciendo el citado comité que no la había recibido oportunamente.

La Casa de Adopciones, como es obvio, no pretendía al presentar esta familia que de todas formas fuera escogida para adoptar al niño Julio. Lo que buscaba era que el Comité contara con un mayor número de solicitudes para que pudiera escoger entre todas, la que más beneficiara al niño.”

76 Como se desprende de las pruebas presentadas tanto por el ICBF como por la Casa de Adopciones el menor debía ser entregado al adoptante español el 26 de octubre de 2006.

77 Folio 187, C.2. Constancia del 19 de septiembre de 2006 expedida por ICBF, Subdirección de Intervenciones Directas, Grupo de Adopciones, sobre el análisis de la documentación del padre adoptante al que le fue asignado el menor: “Que analizada la documentación del señor XXXXX de nacionalidad XXXX, según consta en los estudios realizados por las Autoridades competentes de su país que hacen parte del expediente de adopción, reúnen los requisitos de idoneidad física, mental, moral y social, requisitos que han sido avalados por el equipo de profesionales del grupo de adopciones.”

78 Folio 20, C1. En el informe de psicología presentado por la Casa de Adopciones dice: “A medida que el tiempo se acerca el niño se muestra ansioso por próximo encuentro, prepara sus cosas para dejar la casa y anuncia en el colegio que se va en adopción para España. El 24 de octubre de 2006 llega a la casa de oficio informando que la entrega del niño ha sido pospuesta hasta próxima orden, en sesión individual se le comunica al niño la noticia, a lo cual reacciona con llanto y expresiones como: “porque me dijeron mentiras, ustedes me dijeron que me iba el 26 y mañana es 26 y no me voy” (...). Durante los siguientes días hasta la fecha el niño ha permanecido tranquilo y a la expectativa de la llegada del oficio que informe cuando se realizará el encuentro, preguntando persistentemente. (...)”

79 Folio 18, C.1. Respuesta del ICBF a las preguntas realizadas por la Corte Constitucional mediante auto del 18 de enero de 2007. “Sin embargo, se resalta que a nivel psico-social se han realizado los seguimientos del menor, no solo por encontrarse bajo medida de entrega,

procediendo a explicarle que la misma se había suspendido, frente a lo cual el niño ha preguntado constantemente si su papá todavía lo quiere, teniendo la expectativa que se va a ir con el señor Español, a quien le mandó una carta de Navidad, reconociéndolo como padre. De otro lado por medio de la representante del señor Español se ha tenido conocimiento de interés que mantiene en la entrega del niño y en empezar a ser el padre para éste.”

80 El menor se encuentra institucionalizado desde que tiene 6 años, es decir desde hace dos años.

81 Folios 21-22, C.1. En el informe psicológico presentado por la Casa de Adopciones se encuentra: “A medida que el tiempo se acerca el niño se muestra muy ansioso por próximo encuentro, prepara las cosas para dejar la casa y anuncia en el colegio que se va en adopción para España. El 24 de octubre de 2006 llega a la casa el oficio informando que la entrega del niño ha sido pospuesta hasta próxima orden, en sesión individual se le comunica al niño la noticia, a lo cual reacciona con llanto y expresiones como: “porque me dijeron mentiras, ustedes me dijeron que me iba el 26 y mañana es 26 y no me voy”(…) Para el día siguiente el niño permanece muy triste y lo expresa verbalmente en sesión con psicología, al niño se le explica que dos personas que conoce el CURN lo recogerán para hablar el pero al terminar regresa a la casa; al regresar cuenta que al sitio donde lo llevaron le dieron la misma información que se le había suministrado en nuestra institución, lo que para el niño es una razón para creer que no esta sucediendo nada grave, sin embargo se libera al niño de la carga de pensar que él o su padre adoptante son culpables por lo que sucede. Durante los siguientes días hasta la fecha el niño ha permanecido tranquilo y a la expectativa de la llegada del oficio que informe cuando se realizará el encuentro, preguntando persistentemente.”

En la respuesta a las preguntas presentadas por la Corte el ICBF dice “Para el niño fue impactante la suspensión de su entrega, ya que se encontraba preparado para la misma. (...) frente a lo cual el niño ha preguntado constantemente si su papá todavía lo quiere, teniendo la expectativa que se va a ir con el señor Español, a quien le mando una carta de navidad, reconociéndolo como padre. (folios 17-18, C.1.)

82 Folio 20, C1. En el informe de psicología presentado por la Casa de Adopciones aparece que la fecha de nacimiento del menor es el 22 de febrero de 1999.

83 Folios 15-16, C.1. Sobre los criterios de selección del adoptante español para el menor Julio el ICBF dijo “Se procedió a socializar la historia del niño Julio y sobre todo lo que respecta a los conceptos psico-sociales (fichas integrales) del equipo a cargo del niño (DABS y Casa de Adopciones), con el fin de conocer el estado actual del menor, su evolución en el proceso y sobre todo dada su situación particular si el Equipo sugería su asignación con un tipo de familia concreta (por ejemplo en algunos casos dadas las características del niño sugieren familia compuesta por mamá y papá, en otras con hermanos, etc). En el caso de Julio el Equipo no realiza ninguna sugerencia del tipo de familia para la asignación, por lo que el Comité queda en libertad de hacerlo a cualquier tipo de familia (nuclear, monoparental o monomarental).

Se procedió seguidamente a verificar la lista de espera de la Regional Bogotá, se observó que no existían familias colombianas en espera en este rango de edad (hasta 8 años), con el fin de dar aplicación al Artículo 107 del Código del Menor, en cuanto a la prevalencia de las mismas, frente a las extranjeras, por lo que se entró a verificar las familias extranjeras en lista de espera, en la que el señor que nos ocupa de nacionalidad española, se encontraba en primer y único lugar en el rango de edad hasta 8 años. De acuerdo a lo anterior se entró a revisar su documentación, la cual es enviada por la Sede Nacional, quien declara al señor idóneo para adoptar, se socializó el estudio social realizado al adoptante único, al igual que el estudio psicológico del señor y su motivación para adoptar, encontrando que es una persona con red familiar y social de apoyo, con claridad en sus razones para adoptar y según los estudios practicados con estabilidad social, familiar y económica para asumir el cuidado del menor.

Según se verifica en el acta no obra ninguna solicitud diferente de la Casa de Adopción donde se encuentra el menor, para estudiar otra familia. En caso de haber existido se informa que es potestad del Comité con el estudio que se hace para la asignación, el darlo a la familia presentada por la casa de adopción o no, informando luego a la casa de las razones para negarla o asignarla.”

84 Folio 17, C.1. Respuesta remitida por el ICBF de acuerdo a las preguntas que se les hicieron mediante auto del 18 de enero de 2007. se dijo respecto al trámite de la solicitud: “En el acta que se levanta en cada Comité y concretamente en la que corresponde al Comité celebrado el día 25 de julio de 2006, se observa que no se presentó ninguna solicitud de casa

de adopción para el menor Julio, por lo que solo se procedió a la asignación normal con las familias en lista de espera de la Regional, sin tener en cuenta ninguna otra solicitud.

Se observa en el archivo que dicha solicitud fue tramitada el día 27 de julio de 2006, informando a la casa de Adopción el día 3 de agosto de la asignación del niño y devolviendo la documentación.

De la misma forma se allega un llamado de atención de la Coordinación de Adopciones de la Sede Nacional para que en futuras ocasiones las solicitudes de las casas de Adopción sean llevadas sin excepción al Comité, oficio recibido el día 15 de noviembre de 2006.”