

T-094-13

Sentencia T-094/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos no tienen aplicación

La jurisprudencia constitucional ha indicado que la corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente, el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos. En este escenario es irrelevante si el menor de 18 años tiene o no un representante legal, porque la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la efectiva protección de sus derechos, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o ante la posible vulneración de sus derechos.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

Como ha sido señalado en reciente jurisprudencia, la acción de tutela contra providencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un juicio de validez y no como un juicio de corrección del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación normativa, que dieron origen a la controversia.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

DEFECTO FACTICO-Configuración/DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha señalado que este derecho tiene una especial importancia para los menores de dieciocho años, puesto que por medio de su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales, por ejemplo, es principalmente a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, al amor, a la educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta. Igualmente, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que “desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE DIECIOCHO (18) AÑOS-Sustento constitucional e internacional

Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, ésta tiene su sustento en los postulados de la

Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Fundamental

DEBIDO PROCESO EN TRAMITE DE ADOPCION-Juzgado de Familia no vulneró derechos de las menores de dieciocho años a ser escuchadas y a la preservación de unidad familiar al valorar de forma razonable las pruebas y determinar que la familia extensa no garantizaba los derechos de las niñas

Referencia: expediente T-3.589.628

Acción de tutela instaurada por Patricia contra el Juzgado de Familia.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alexei Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el seis (06) de julio de dos mil doce (2012) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la Sentencia del seis (6) de junio de dos mil doce (2012) de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villa María, que a su vez negó la tutela invocada por Patricia en su nombre y representando a las menores de edad Andrea y Sol, contra el Juzgado de Familia.

Aclaración previa

Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudiará la situación de dos menores de

dieciocho años que fueron declaradas en situación de adoptabilidad, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, debe ordenarse la supresión de esta providencia y de toda futura publicación de la misma el nombre de las niñas y de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarlas. En consecuencia, ha preferido cambiar los nombres reales de las menores de edad y de sus familiares por nombres ficticios[1], los cuales se escribirán en letra cursiva y no se usarán apellidos. Los nombres serán los siguientes:

Patricia: servidora pública que instauró la acción de tutela en su nombre y en representación de Sol y Andrea.

Sol y Andrea: niñas que fueron declaradas en situación de adoptabilidad.

Karen: progenitora de Sol y Andrea.

Antonio: padre de Sol y Andrea.

Ana: abuela materna de las niñas.

Angie: tía abuela de las menores de edad.

José: abuelo paterno de Sol y Andrea.

Carmen: abuela paterna de Sol y Andrea.

Clara: madre sustituta 1

María: madre sustituta 2

Campo Verde: colegio en donde se encontraban adelantando sus estudios Sol y Andrea.

Villa María: municipio en donde vivían Sol y Andrea junto con sus padres y abuelos paternos.

Instituto Nilo: Centro Zonal del ICBF en donde se adelantó el proceso de restablecimiento de derechos de Sol y Andrea.

Juzgado de Familia: autoridad que homologó la decisión de adoptabilidad del Instituto

Nilo.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Ocho (08) del veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012) escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD DE TUTELA

Patricia presentó acción de tutela en contra del Juzgado Tercero de Familia de esta misma ciudad, por considerar que la sentencia No. 43 del 24 de febrero de 2012, mediante la cual homologó la decisión del ICBF de declarar en situación de adoptabilidad a las niñas Sol y Andrea, se profirió sin tener en cuenta su interés superior y el derecho a no ser separadas de su familia biológica. Sumado a lo anterior, afirma que durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se vulneró su derecho al debido proceso como Procuradora Judicial por falta de notificación personal del fallo proferido en la audiencia que decretó la adoptabilidad de las menores de edad y ante la omisión de la Defensoría de Familia de proferir la resolución a la que se hace referencia en el artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Por último, solicita el amparo del derecho fundamental de las niñas a tener una familia y no ser separadas de ella y, en consecuencia, se aplique el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia en cuanto establece la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres o parientes cercanos, en el caso concreto, con su abuela materna o abuelos paternos.

1.2. HECHOS

1.2.1. La accionante refiere, con base en la prueba documental obrante en el expediente que dio lugar a la iniciación del proceso ante el Juzgado de Familia, que las niñas Sol y Andrea fueron encontradas por la Policía de Infancia y Adolescencia durmiendo en una colchoneta mojada, hecho ante el cual sus progenitores refirieron ser víctimas de la ola invernal y que por esta razón habían perdido todos sus enseres. Cuenta, los agentes de

policía indicaron que los padres de las menores de edad son consumidores de sustancias psicoactivas y el progenitor tiene problemas de convivencia con habitantes de la comunidad por ser una persona agresiva; además estuvo privado de la libertad por el delito de homicidio y tiene antecedentes judiciales por violencia intrafamiliar.

1.2.2. Sostiene que la familia se desintegró a partir de la intervención de la Policía de Infancia y Adolescencia, pues la madre y el hermano de las niñas están viviendo con la abuela materna, el padre vive solo y las hermanas Sol y Andrea fueron protegidas con la medida de ubicación en hogar sustituto, y su caso se remitió a la Defensoría de Asuntos no Conciliables.

1.2.3. Cuenta, mediante Auto No. 067 del 28 de abril de 2011, se ordenó la práctica de pruebas con el fin de restablecer los derechos de las menores de edad, entre las que se encuentran, intervención del equipo psicosocial de la Defensoría de Familia y las declaraciones de sus padres, Antonio y Karen. Con base en el material probatorio recaudado, fue confirmada la medida provisional de ubicación de las niñas en un hogar sustituto, mediante auto emitido el 2 de mayo de 2011, el cual fue notificado personalmente a los padres y firmado solamente por la madre debido a que el padre se retiró del lugar lanzando insultos en contra de los funcionarios, según constancia consignada por la Defensora de Familia.

1.2.4. Refiere la accionante que, según la declaración de la progenitora, rendida el 2 de mayo de 2011, ésta ha tenido problemas en el barrio, su hijo mayor vive con su abuela, y las dos niñas estudian en el colegio Campo Verde. Con respecto a su esposo, adujo que se dedicaba al “rebusque” y es consumidor de marihuana. Frente a la pregunta de si su progenitora cuidaría de sus hijas, sostuvo que sí y, esperaba el regreso de sus hijas a la casa.

1.2.5. Expone, mediante oficio No. 6610100/02 del 28 de abril de 2011, se le informó a la progenitora sobre la ubicación de las menores de edad Sol y Andrea en hogar sustituto como medida provisional de restablecimiento de derechos.

1.2.6. Aunado a lo anterior, el día 23 de mayo de 2011, mientras se realizaba la visita biológica[2], indica que la progenitora le comunicó a las niñas el fallecimiento de su padre, con el acompañamiento del equipo de la Defensoría de Familia.

1.2.7. Manifiesta que el 14 de junio de 2011, se le notificó a la señora Ana, abuela de las niñas, el contenido de los autos 067 y 068 con los cuales se dio inicio a los procesos administrativos de restablecimiento de derechos a favor de las menores de edad, e igualmente se recibió su declaración.

1.2.8. Posteriormente, cuenta, el 1 de agosto de 2011, se corrió traslado por cinco (5) días a las personas interesadas en pronunciarse y aportar las pruebas que desearan hacer valer dentro del proceso de restablecimiento de derechos de las niñas. En particular, resalta, al día siguiente de emitirse dicho auto, la abuela y madre de las niñas fueron enteradas de su contenido, las cuales se negaron a firmar el acta de notificación, cuyo término para intervenir venció el 9 de agosto de ese año, en silencio.

1.2.9. Por otra parte, indica, el 11 de agosto se dispuso correr traslado a las partes y demás intervinientes del proceso de los informes nutricionales, psicológicos y de trabajo social, por el término de tres (3) días, con el fin de que los interesados solicitaran las aclaraciones o modificaciones que consideraran pertinentes. Además, sostiene, se fijó fecha para celebrar la audiencia de práctica de pruebas y de fallo para el día 26 de agosto de 2011, convocatoria que fue puesta en conocimiento de la madre de las niñas, la cual se negó a firmar la notificación.

1.2.10. Menciona, se llevó a cabo la audiencia de práctica de pruebas en la fecha acordada y se adoptaron, entre otras, las siguientes decisiones: "...Modificar la medida de restablecimiento de derechos a favor de las menores Andrea y Sol de ubicación en hogar sustituto, de manera transitoria y declarar a las menores en situación de adoptabilidad. SEGUNDO: Vincular a las menores al programa de adopciones con el fin de adelantar las diligencias para la correspondiente acción."

1.2.11. Relata, la anterior decisión fue notificada por estado el 1 de septiembre de 2011 y mientras corría el término de traslado, la señora Karen allegó escrito solicitando no se le privara de la patria potestad que ostenta sobre sus hijas, como tampoco fueran entregadas en adopción. De igual forma, el señor José, abuelo paterno de las menores de edad, allegó escrito solicitando la custodia de sus nietas para asumir su cuidado y crianza.

1.2.12. En virtud de lo anterior, cuenta, la Defensora de Familia ordenó la verificación de las condiciones familiares en el hogar del señor José y mediante oficio del 16 de

septiembre de 2011, se le informó a la madre y a la abuela materna de las niñas, que el proceso se abría a pruebas para determinar la viabilidad de que el abuelo paterno de las niñas asumiera su cuidado y crianza.

1.2.13. Relata que según el informe social del 12 de octubre de 2011, se constató que los abuelos paternos no tienen claridad sobre un proyecto de vida integral para ofrecerle a sus nietas, no tienen pautas de crianza adecuadas, sumado a que justifican conductas disfuncionales (violencia intrafamiliar) y actitudes negligentes como la desescolarización de las menores de edad.

1.2.14. Refiere, mediante auto del 12 de octubre de 2011, se ordenó correr traslado por tres (3) días del informe psicosocial y valoración psicológica, el cual fue notificado personalmente a la señora Karen.

1.2.15. Posteriormente, se expidió la Resolución No. 109 del 24 de octubre de 2011, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la progenitora de las menores de edad, confirmando la decisión adoptada mediante fallo del 26 de agosto de 2011 y ordenando dejar a disposición de los interesados el expediente por el término de veinte días con el fin de que solicitaran el control de homologación, decisión que fue notificada personalmente a la señora Karen.

1.2.16. Aduce, debido a la oposición ejercida durante el trámite administrativo por la madre, la abuela materna y los abuelos paternos, el expediente fue remitido a Reparto Judicial para que se surtiera la respectiva homologación del fallo en sede administrativa, correspondiéndole al Juzgado Tercero de Familia realizar el control de legalidad sobre la medida que declaró en estado de adoptabilidad a las menores de edad.

1.2.17. Mediante sentencia 043 del 24 de febrero de 2012, el Juzgado Tercero de Familia decidió homologar la decisión adoptada en la audiencia del 26 de agosto de 2011, en la cual se declaró a Andrea y Sol, en estado de adoptabilidad.

1.2.18. A la luz de lo expuesto, considera, tanto la autoridad administrativa como la autoridad judicial desconocieron pruebas importantes que demuestran la existencia de miembros de la familia extensa, como la abuela materna y los abuelos paternos, quienes están preocupados por su futuro e interesados en asumir su cuidado y protección.

1.2.20. Por otro lado, frente a los abuelos paternos, señala que el ICBF desconoce la estabilidad del hogar de los señores José y Carmen, quienes conformaron su familia desde hace 42 años con una buena convivencia y sólidos lazos afectivos, y a pesar de contar con 60 y 62 años, respectivamente, se encuentran en buenas condiciones de salud para atender el cuidado de sus nietas. Agrega que si bien el abuelo se desempeña como vigilante y vendedor de frutas, como él mismo lo indicó, “en su casa nunca faltan los alimentos ni el cuidado para sus nietas”. La Procuradora Judicial aclaró que, según informa el señor Correa, su esposa Carmen puede dedicarse de tiempo completo al cuidado y protección de las niñas, y el hecho de vivir en un sector vulnerable, en razón al consumo de SPA, no puede ser causal que les impida obtener la custodia de sus nietas.

1.2.21. Enfatiza que en la casa de los esposos José y Carmen sólo habitarían ellos dos junto a sus nietas porque el hermano de la señora Carmen, quien se encontraba en la casa durante la visita domiciliaria, es agricultor y vive en una finca, y sólo estuvo en su residencia mientras se recuperaba de un procedimiento médico realizado.

1.2.22. Además, sostiene, no es procedente que los abuelos paternos hayan tenido que recurrir a conseguir documentos para realizar el trámite de adopción como única posibilidad brindada por el ICBF para obtener la custodia de las niñas.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 24 de mayo de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil-Familia Unitaria de Villa María, recibió la solicitud de tutela, y el 25 de mayo de la misma anualidad, la admitió y ordenó integrar el contradictorio por pasiva, vinculando al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y a la señora Karen. Igualmente, decretó la práctica de una diligencia de inspección judicial al proceso administrativo que se llevó a cabo en el ICBF, así como al proceso judicial adelantado por el Juzgado de Familia que homologó el fallo del 26 de agosto de 2011, por medio del cual se declaró a las menores de edad en estado de adoptabilidad.

1.3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Risaralda

El 28 de mayo de 2012, la apoderada del ICBF intervino dentro del presente proceso de tutela y dividió su exposición en dos acápites, el primero atinente a los hechos que dieron

lugar al inicio del proceso de restablecimiento de derechos, y el segundo acerca del análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la actora y de las menores de edad que representa.

1.3.1.1. Para iniciar, expuso que el proceso de restablecimiento de derechos inició con base en la historia de atención remitida por la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Villa María, de fecha 10 de febrero de 2011, la cual tuvo origen en una llamada anónima que recibió la oficina de atención al ciudadano del ICBF, a través de la cual se denunció que las niñas Andrea y Sol se encontraban en regulares condiciones al lado de sus padres, quienes al parecer consumían SPA y se agredían con su familia extensa. También informó la ciudadana que esta situación interrumpía los estudios de las niñas.

1.3.1.2. Por lo anterior, señala que la Policía de Infancia y Adolescencia se dirigió al lugar donde se encontraban las menores de edad y, al verificar que se encontraban en total estado de abandono y que su integridad estaba amenazada, tal y como lo expusieron en la denuncia telefónica, procedieron a trasladarlas al ICBF.

1.3.1.3. Posteriormente, relata que el equipo interdisciplinario conceptuó acerca de la necesidad de brindar una medida de restablecimiento de derechos, en razón a que no sólo se evidenciaba violencia intrafamiliar, sino que ante la ola invernal, la familia había perdido todos sus enseres y los padres de las niñas se encontraban desempleados.

1.3.1.4. En consecuencia, indica que se profirió el auto de apertura de la investigación de fecha 26 de abril de 2011, ordenando la ubicación de las niñas en hogar sustituto. Asegura que esta decisión fue notificada a los progenitores el 2 de mayo de 2011, e igualmente a la Procuradora de Familia, el 28 de abril de 2011.

1.3.1.5. Explica que el 1 de agosto de 2011, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 100 de la Ley de Infancia y la Adolescencia, se corrió traslado por el término de cinco (5) días a las partes para que se pronunciaran y/o aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer en el proceso. Dicho auto fue notificado personalmente y cobro ejecutoria el 9 de agosto de 2011.

1.3.1.6. Por esta razón, siguiendo adelante con el proceso, expresa que se profirió auto fijando fecha para fallo, el cual también fue notificado personalmente y cobró

ejecutoria el 19 de agosto de 2011. Precisa que la audiencia se programó para el día 26 de agosto de 2011 a las 10:00 a.m.

1.3.1.7. Manifiesta que en la audiencia de práctica de pruebas y fallo, se declaró en situación de adoptabilidad a las niñas Andrea y Sol, y la terminación de la patria potestad de los padres, y se ordenó su vinculación al programa de adopciones. Dicha decisión fue recurrida por la progenitora de las niñas, quien refirió redes extensas familiares que podrían hacerse cargo de sus hijas. Por consiguiente, en virtud de la aplicación del principio del interés superior de las niñas, indica que se decidió verificar las condiciones de dicho medio familiar, así como la disponibilidad y compromiso hacia ellas, en particular, del abuelo paterno de las menores de edad.

1.3.1.8. Explica, luego de correr traslado de las intervenciones psicosociales realizadas a las redes extensas informadas por la recurrente, se profirió la Resolución No. 109 del 24 de octubre de 2011, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la medida de restablecimiento de derechos. Igualmente, se remitió el proceso administrativo al Juzgado de Familia de Villa María, reparto, para que se surtiera el trámite de homologación.

1.3.1.9. Relata que el 14 de marzo de 2012, el Juzgado de Familia homologó la decisión adoptada por el ICBF, mediante la cual se declaró en situación de adoptabilidad a las niñas Andrea y Sol.

1.3.1.11. Hecho el recuento anterior, afirma que el ICBF cumplió con su obligación de adelantar las acciones necesarias cuando se denuncian situaciones en las que los derechos de los niños y niñas puedan estar siendo amenazados, vulnerados o inobservados. En atención a lo anterior, recuerda, le compete al Defensor de Familia adelantar el correspondiente proceso administrativo, y practicar todas las diligencias tendientes a establecer la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes, así como ordenar aquellas medidas de protección que más realicen los derechos de los menores de edad.

1.3.1.12. Siguiendo estos lineamientos, afirma que la Defensora de Familia asumió el conocimiento del caso de las menores de edad Andrea y Sol, y adoptó las medidas necesarias, las cuales la condujeron a concluir la inexistencia de las condiciones necesarias para que permanecieran junto a su grupo familiar, por lo cual, adoptó otras decisiones al

respecto.

1.3.1.13. Enfatiza en que el ICBF no desconoce el derecho de la familia frente a las niñas, pero afirma que en aplicación del principio del interés superior de los niños y niñas, se les debe garantizar tanto su integridad física y moral, como su seguridad. En desarrollo de este principio, indica que se intervino a la familia nuclear y extensa desde diferentes áreas, y se concluyó que la misma, durante el tiempo de permanencia de las niñas bajo la potestad del Estado, no cambió su estilo de vida, tampoco tiene un proyecto claro o una asunción real de las responsabilidades que tienen frente a ellas, no cumplió con los compromisos adquiridos durante el proceso ni avanzó en el cambio de la dinámica familiar, lo cual tiene sustento en los informes sociales y psicológicos practicados y que obran en el expediente.

1.3.1.14. Por todo lo expuesto, el ICBF no comparte el criterio de la Procuradora Judicial cuando sostiene que los abuelos por línea materna y paterna, ofrecen las condiciones para garantizar los derechos de sus nietas Andrea y Sol.

1.3.1.15 De otro lado, expone, frente a la presunta vulneración del debido proceso, que ello no aconteció, ya que se libró comunicación informando al Ministerio Público sobre la existencia del proceso adelantado a favor de las niñas con el fin de que dicha autoridad ejerciera las facultades otorgadas en el artículo 95, inciso final, del Código de la Infancia y Adolescencia, el cual dispone: “los Procuradores Judiciales de Familia, obrarán en todos los Procesos Judiciales y Administrativos en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y podrán impugnar las decisiones que se adopten...”. Quiere esto decir, concluye, que los agentes del Ministerio Público tienen la prerrogativa de actuar en los Procesos de Restablecimiento de Derechos sin que sea necesaria su citación y/o notificación, contrario a lo dispuesto en el artículo 99 y 102 de la Ley 1098 de 2006 frente a las partes del proceso. En definitiva, sostiene, el Código de la Infancia y la Adolescencia no establece en ninguno de sus apartes como deber del Defensor de Familia notificar todos los actos administrativos al Ministerio Público.

1.3.1.16 Frente al cargo de vulneración del debido proceso por omitir la resolución de que trata el artículo 107 de la Ley 1098 de 2006, expone que la audiencia de fallo del 26 de agosto de 2011, se desarrolló de acuerdo con el artículo 100 de la misma ley y observó los presupuestos consagrados en el artículo 107 ibídem. Esto es, en dicha audiencia fueron

otorgadas las mismas oportunidades procesales para presentar la oposición establecida en esta disposición, por lo cual, no se vulneró el derecho de defensa y debido proceso.

1.3.1.17 Para finalizar, manifiesta su sorpresa frente al silencio que guardó la accionante durante el trámite del proceso administrativo, pues no presentó recursos u oposiciones a las medidas decretadas por la Defensora de Familia que tramitaba el proceso y, en su lugar, acudió directamente a la acción de tutela, pese a que no sólo las partes han tenido todas las oportunidades procesales para ejercer su derecho de defensa sino también el Ministerio Público desde su inicio, el 28 de abril de 2011, desde cuando el expediente estuvo a su disposición en los términos del artículo 95 de la Ley 1098 de 2006. Además, sostiene que la presente acción no cumple con el requisito de subsidiariedad exigido para la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, máxime cuando el actor tuvo la oportunidad de actuar y no lo hizo.

1.3.2 Juzgado de Familia

El 29 de mayo de 2012, la Jueza de Familia de Villa María, contestó la acción de tutela, en los siguientes términos:

1.3.2.1 Aduce, luego de analizar tanto el proceso administrativo adelantado por el ICBF como la situación particular de las niñas Andrea y Sol, que la medida más conveniente para la protección de sus derechos es la adopción. Agrega que el proceso adelantado por el Defensor de Familia evidencia profesionalismo, responsabilidad, conciencia y visión, consonante con el principio del interés superior de las menores de edad en el sentido de que tienen derecho a crecer en un ambiente sano, bajo la responsabilidad de quienes le prodigan amor, respeto, cariño y medios adecuados de subsistencia, obligaciones que, según el análisis de los estudios sociales y psicológicos, no pueden asumir los familiares consanguíneos.

1.3.2.2 Con respecto a la afirmación de la accionante en el sentido de que el ICBF desconoció varias pruebas que evidenciaban el interés de algunos miembros de la familia para asumir su cuidado, específicamente, sus abuelos, aduce que tuvieron en cuenta los siguientes elementos probatorios:

En primer lugar, la abuela materna, Ana, sólo advirtió la situación de sus nietas cuando le

fueron notificados los autos que dieron inicio al proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de ellas. Luego, según el informe psicológico PARD del 13 de julio de 2011, expresó su intención de mantener una relación filial con sus nietas, pero reflexionó sobre las dificultades personales para garantizarles bienestar y protección por la situación económica y la poca red de apoyo con la que contaría para asumir su cuidado, sumado al temor por la despreocupación y conducta agresiva de su hija. Refiere que fue citada nuevamente para intervención psicológica el 16 de agosto de 2011 y no asistió.

En segundo lugar, la señora Angie, tía materna de las niñas, sostuvo que la progenitora de las niñas generalmente se encuentra bajo los efectos del alcohol y consume SPA, y maltrata a su mamá, y aseguró que frente a las niñas dicha conducta empeorará. Agregó que no tienen cómo sostenerlas económicamente, situación que se ha ocultado por la agresividad de Karen, madre de las menores de edad. También contó que los padres de las niñas consumían drogas en su presencia y las inducían a ejercer la mendicidad.

En tercer lugar, como la familia materna no garantizó un hogar adecuado para el reintegro de las menores de edad, se acudió a la familia extensa y se ordenó la verificación del hogar de José, abuelo paterno, con el fin de analizar la posibilidad de ubicarlas junto a su familia. No obstante, el informe psicológico PARD del 19 de septiembre de 2011, dejó en evidencia la permisividad de esa red, los comportamientos disfuncionales y de riesgo de los padres hacia sus propias hijas, la vulnerabilidad al consumo de SPA derivado de la ubicación de la vivienda en cercanías al río.

En este mismo informe se consignó que el abuelo paterno trabaja en la vigilancia nocturna y que la abuela paterna trabaja de 6:00 a.m a 3:00 p.m. También se indicó que las condiciones económicas y la avanzada edad de los abuelos no posibilitan un ambiente adecuado para recibir a las niñas, sumado a que no tienen claridad en el proyecto de vida que pueden ofrecerle a sus nietas, esto es, hay ausencia de pautas de crianza, dificultades en la comunicación, precaria resolución de conflictos y conductas disfuncionales (violencia intrafamiliar).

1.3.2.3 Por todo lo expuesto, aduce, no puede concluirse que el bienestar de las menores de edad se encuentra en compañía de su abuela materna ni de sus abuelos paternos, pues, tal y como quedó acreditado en el proceso administrativo, la abuela materna no está

interesada en asumir su cuidado, lo cual es reforzado por su conducta pasiva y desentendida respecto a la situación de las niñas.

Frente al abuelo paterno, manifiesta que no cuenta con las condiciones necesarias e indispensables para brindarle a las niñas una crianza aceptable, como se desprende de los informes anotados. Enfatiza que él no les puede brindar la consolidación de un hogar, no por el sitio donde está ubicada su casa de habitación o porque sea una persona de escasos recursos económicos, como se presenta en la acción de tutela, sino debido a su falta de comprensión para asimilar lo que significa hacerse cargo de sus nietas en la situación en la que se encuentran. Asegura que ellas requieren de un ambiente familiar con el que puedan vincularse y que pueda reparar los daños que han tenido que sufrir, objetivo que no se logrará junto a su abuelo, quien desde su perspectiva, considera suficiente el brindar un techo para dormir, cuando lo que necesitan las niñas es un ambiente familiar sano y próspero.

Expone que el informe psicológico del 19 de julio de 2011, es indicativo de que en la familia no se vislumbra la decisión de acoger a las niñas ni tampoco cambios para garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos. La anterior situación es reiterativa, de ello da cuenta el informe de fecha 9 de agosto de 2011 a través del cual se hace constar que no se evidencia ningún tipo de avance.

En este orden de ideas, concluye, la familia biológica no les provee a las niñas un adecuado desarrollo y satisfacción de sus derechos, lo cual no se fundamenta en su situación económica sino en el análisis de todos los elementos necesarios para garantizar el desarrollo integral de las menores de edad, lo cual fue ratificado por el juez a través de la homologación del proceso administrativo.

De otra parte, sostiene que la ley no establece la formalidad escrita para la decisión de adoptabilidad como se pretende exponer en la acción de tutela, y reitera, durante el trámite del proceso administrativo ante el ICBF se respetaron los principios de publicidad, defensa y contradicción, de ahí que dicho procedimiento hubiese sido conocido por el juez de familia.

Finalmente, explica, no encuentra ninguna norma vulnerada por el despacho al no notificar la decisión de homologación a la Procuraduría General de la Nación, pues el artículo 123

del Código de Infancia y Adolescencia preceptúa que la sentencia de homologación se dictará de plano, esto es, no existe otra instancia, y aún existiendo la obligación legal de notificarle (aunque en el texto de la tutela no se apoya normativamente esta afirmación), no existiría vulneración al debido proceso porque la decisión proferida no se toma como un juez de instancia. Advierte que es diferente que la institución pretenda la notificación de todas las decisiones para determinar si está de acuerdo o no con las mismas.

En definitiva, solicita se declare improcedente la presente acción de amparo.

2 DECISIONES JUDICIALES

2.1 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL, SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA.

2.1.1 En primer lugar, consideró, no le asiste razón a la accionante al calificar como ilegal la actuación surtida al interior del proceso administrativo, pues éste se tramitó conforme a derecho y los recursos que se formularon en contra de las decisiones adoptadas, fueron decididos oportunamente y las resoluciones debidamente notificadas. Aduce, dicho proceso administrativo fue posteriormente remitido al Juzgado de Familia para su homologación y, según los preceptos del artículo 119, numeral 1, del Código de la Infancia y la Adolescencia, la decisión de homologación no es susceptible de recurso alguno.

2.1.2 Expone, las decisiones adoptadas por el funcionario en sede administrativa y por el juez al homologar dicho trámite, no son arbitrarias ni caprichosas, pues se adoptaron con base en las pruebas obrantes en el expediente, así como en el seguimiento realizado a las menores de edad por el ICBF y en los conceptos emitidos por los especialistas.

2.1.3 Por último, aduce, durante el transcurso del proceso se aplicó el principio de publicidad, y las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las diferentes decisiones proferidas dentro del mismo, por lo cual no existió vulneración del derecho al debido proceso.

2.2 IMPUGNACIÓN

Patricia, en su calidad de Procuradora, impugnó la decisión de primera instancia, por las siguientes razones:

2.2.1 En primer lugar, insiste en que al Ministerio Público no le fue notificada la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia que homologó la declaración de adoptabilidad de las niñas Sol y Andrea.

2.2.2 En segundo lugar, indica que se vulneró el derecho de las niñas a tener una familia y no ser separadas de ella, por cuanto el retiro de las niñas de su hogar fue motivado por una denuncia de estar durmiendo sobre una colchoneta mojada después de que una avalancha del río se llevara gran parte de los enseres de la casa. Expone que debió analizarse la situación de emergencia temporal por la cual estaba atravesando la familia y por tanto, que se trataba de un hecho de fuerza mayor y ajena a la voluntad de las personas que tenían bajo su responsabilidad el cuidado y la protección de las niñas. Además, cuenta, la madre de las niñas se trasladó a la vivienda de su mamá y se encuentra en proceso de rehabilitación, y el progenitor falleció.

2.2.3 En tercer lugar, asegura se inobservó la normativa que establece la obligatoriedad de verificar en cada caso concreto, los presupuestos fácticos y jurídicos para que se configure una situación de abandono. Para el caso particular, sostiene que tanto los abuelos paternos como la abuela materna, reclamaron el derecho de tener a sus nietas bajo su cuidado.

2.2.4 Finalmente, manifiesta, el ICBF incurrió en defecto fáctico al omitir la práctica de pruebas relevantes para resolver el caso, puesto que la Defensora de Familia no escuchó a las niñas dentro del trámite del proceso administrativo, lo cual constituye una vulneración de su derecho fundamental a ser escuchadas y a tener en cuenta sus opiniones.

2.3 DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Mediante sentencia proferida el seis (06) de julio de dos mil doce (2012), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia impugnada. Como sustento de su determinación, consideró lo siguiente:

2.3.1 Explica que las autoridades cuestionadas realizaron un análisis exhaustivo de los hechos que originaron el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y motivaron las decisiones que se atacan con criterios razonables. Precisamente, aduce, una

de las decisiones cuestionadas se apoyó en la falta de compromiso de la madre biológica y de toda la familia extensa en la crianza y cuidado de las niñas, por tanto, la circunstancia de los precarios ingresos pasó a un segundo plano, en cambio, el criterio determinante fue la falta de interés por mejorar, alcanzar metas y lograr propósitos en beneficio del interés superior de las niñas.

2.3.2 Agrega que la progenitora de las menores de edad durante el trámite del proceso administrativo manifestó el amor que le profesaba a las niñas, pero nunca expresó el compromiso de asumir su rol como tal, al punto de responder cuando se le indagó si estaba en condiciones de “estar al lado de sus hijas” que podrían estar “donde mi mamá” y no mostró interés por iniciar un proceso de rehabilitación para superar el consumo de “spa”; de otro lado, asegura que la abuela materna también dio a conocer el gran afecto hacia sus nietas, pero no cumplió con las obligaciones que adquirió, compromisos que surgieron de las reuniones con los profesionales del grupo interdisciplinario del Instituto, como mejorar el hacinamiento, reorganizar la distribución de las alcobas, apartarles un cupo escolar y afiliarlas a una EPS, incluso en la última entrevista reflexionó sobre la “posibilidad de no hacerse cargo de las mismas y estar de acuerdo con la posibilidad de que se puedan ir en adoptabilidad, agregando sentir dudas al seguir asistiendo a las citas programadas desde el área dado que no ha observado interés de su hija de mejorar en su proyecto de vida y expresa sentirse comprometida y sola en la gestión de tener la custodia de las niñas”. Por otra parte, señala que el abuelo paterno no mostró una actitud decidida y clara frente a la responsabilidad que asumiría en el evento de que le otorgaran la custodia y cuidado de las menores de edad.

2.3.3 De otro lado, explica que al revisar el trámite del proceso administrativo, se evidencia que durante el mismo se respetaron los derechos de defensa y contradicción de todos los intervinientes, y que a la accionante, en oficio “28-04-11-2678”, se le comunicó el inicio del “proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de las niñas (...)”, de ahí que la Defensoría de Familia -Centro Zonal- de Villa María- no estaba obligada a notificar de manera personal al Ministerio Público la decisión tomada el 26 de agosto de 2011, como se afirma.

2.3.4 Por otro lado, manifiesta, el hecho de que la declaración de adoptabilidad se haya pronunciado en audiencia pública y no bajo el epígrafe de resolución no cercena la

prerrogativa del debido proceso, porque materialmente tal determinación tiene esa connotación, por expresa disposición del artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.3.5 Finalmente, sostiene, los cuestionamientos de la accionante se centran en atacar la forma en que las entidades accionadas valoraron el caso, conflicto que no le corresponde resolver al juez constitucional como si se tratara de un recurso, en consecuencia, pidió se declarara la improcedencia del amparo.

3 ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISION

3.1 Pruebas decretadas por la Sala

3.1.1 La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del 16 de noviembre de 2012, con el fin de contar con mayores elementos de juicio, decretó las siguientes pruebas:

3.1.1.1 Ordenó oficiar al ICBF, para que (i) allegara copia completa del expediente del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de las niñas Andrea y Sol, adelantado por el ICBF; e (ii) indicara desde qué fecha las niñas se encontraban a su cargo, su ubicación actual y su situación desde los puntos de vista jurídico, físico y psicológico.

3.1.1.2 Ordenó oficiar al ICBF, para que realizara una valoración psicológica a José, Carmen y Ana. Estas valoraciones debían ser distintas a las que tuvieron alguna incidencia en el trámite administrativo de restablecimiento de derechos de las menores de edad.

3.1.1.3 Comisionó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villa María, Sala de Decisión Civil- Familia, para que (i) escuchara en entrevista a las niñas Andrea y Sol, acerca de (a) los hechos que dieron lugar al proceso administrativo de restablecimiento de derechos, específicamente las circunstancias que las rodeaban mientras se encontraban con sus padres; (b) cómo era la convivencia con sus abuelos por línea materna y paterna; (c) qué opinan de vivir con ellos; (d) cómo se sienten actualmente en el hogar sustituto; entre otros aspectos relevantes; y (ii) escuchar en declaración a José, Carmen y Ana, acerca de los hechos que originaron el presente proceso de tutela.

3.2 Resumen de las pruebas practicadas y los documentos allegados:

3.2.1 Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villa María.

El 4 de diciembre de 2012, el Secretario de la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villa María, Risaralda, remitió el despacho comisorio No. 16 a esta Corporación, de acuerdo con lo solicitado mediante auto del 16 de noviembre de 2012 (Folio 20 del cuaderno principal). El contenido del documento es el siguiente:

3.2.1.1 Entrevista realizada a las niñas Andrea y Sol.

El Magistrado manifiesta que el 3 de diciembre de 2012, se hicieron presentes en su despacho las niñas Andrea y Sol, en compañía de la Defensora de Familia, la delegada del Ministerio Público, y los sicólogos del ICBF, a fin de realizar la entrevista a las menores de edad.

Para iniciar, refiere, el despacho, con acompañamiento de los psicólogos del ICBF, sostuvo conversación de manera informal con las niñas y luego, abordó específicamente los puntos solicitados por la Corte. Advierte que ambas niñas son extrovertidas, sociables, espontáneas y tranquilas con un lenguaje fluido y adecuado, especialmente Andrea.

De la entrevista practicada a Sol, indica:

“...al ser interrogada por su situación responde que tiene 9 años, de su situación recuerda que el papá ‘se robó unas cosas’; cuando fueron a su casa por ella se encontraba con sus abuelos, José y Marlene, y la mamá que se llama Karen; ese día su papá se escondió y por la noche la patrulla las llevó para Bienestar Familiar. Sobre la convivencia con los padres y sus abuelos indica, ‘eran buena gente con nosotros, mis abuelitos trabajaban y nosotros íbamos a estudiar, mi abuelita en una casa de familia y mi abuelito cuidando carros, mi mamá no trabajaba y mi papá trabajaba cogiendo café. Yo estaba en grado 1°, vivíamos el barrio ... yo estaba en 1° y ya sabía leer más o menos, yo hacía las tareas sola. Mi hermana tiene 10 años, ella estaba estudiando conmigo. De mis abuelos recuerdo que eran buena gente con nosotros, ellos eran los que nos daban la comida, mi mamá era mala, ella no nos quería, ella nos pegaba mucho y ella no estaba pendiente de nosotras, nos pegaba con una chancla de cuero, mi papá no nos pegaba tan duro, mis abuelos les decían que no nos pegaran. Mis abuelos nos daban la comida, comíamos fríjoles, arroz y a veces carne. Me gustaba la comida que me daba la abuelita, pero mi papá a veces se llevaba la

comida para venderla, mis hermanos son buena gente, mi hermano vive con mi abuelita Ana. Antes de vivir en el barrio ..., vivíamos en Mi tía María, que es la señora que ahora nos cuida, es buena gente con nosotros, ella nos da todo lo que nosotros le pidamos, nos lleva a pasear, nos lleva a piscina, nos ha dado todo para el colegio, nos da plata para comprar dulces, a ella la quiero porque me ayuda a hacer las tareas, ya estoy en segundo y voy a pasar a tercero. Yo quiero vivir con mis abuelitos.... Hace mucho tiempo que no veo a mis abuelos, a veces veo a mi mamá en la calle cuando paso en el carro con mi tía a hacer vueltas. Yo me acuesto a las 9:00, en esa casa estoy con Andrea, mi hermana y otros niños, son tres de Bienestar y tres de mi tía. A mi papá lo mataron, mis abuelos viven. Ahora me siento bien, estoy tranquila. Cuando estábamos con los abuelos nosotras íbamos solas al colegio porque era cerca, mis abuelos nos daban lo del colegio y nos daban algo, ellos no lo compraban en la tienda, la casa era de un solo piso con dos habitaciones, nosotros dormíamos con mis papás en un cuarto y ellos dos solos en otro. En un invierno que llovió mucho el río se creció y las casas se inundaron, ese día estábamos en el colegio, cuando llegamos encontramos todo inundado, pero mis abuelitos compraron cosas. Mis abuelos no nos maltrataban. A mi papá lo mataron, una sicóloga de Bienestar nos contó’”.

Con respecto a la entrevista practicada a la niña Andrea, transcribe:

“...Tengo 10 años, voy a pasar a sexto, estaba haciendo 3°, 4° y 5° en el colegio Llevo con la tía María, la madre sustituta un año y medio, mi papá estaba robando y lo buscaba la policía, luego él estaba escondido y lo detuvieron, la policía lo detuvo le pegaban y le puso el pie encima y sangró por la boca, después nos recogió la policía y al otro día nos llevaron a Bienestar; en la casa vivíamos mi hermana, mi mamá, mi papá y mis abuelos; ellos, mis abuelos, nos cuidaban, nos daban la ropa, la comida y lo del estudio, mi mamá no nos daba nada; cuando llegamos a Bienestar una señora nos llevó en su carro donde una madre sustituta donde doña Clara, allá nos quedamos un tiempo, hasta que mi tía, o sea la madre sustituta que se llama María llegó de Bogotá; ella nos mostró el cuarto y nos dijo que ese era para nosotras dos solas mientras estuviéramos ahí, y nos dijo que allí íbamos a vivir, ella nos quitó los piojos, nos compra la ropa, nos cuida y nos respeta y nos llevan a pasear; nosotras no conocíamos una piscina ni un cine, nos lleva a restaurante con los hijos de ella y con la familia, allá nos respetan mucho. Mis abuelitos también nos respetan. Donde mis abuelos, ellos dormían en un cuarto y en el otro cuarto dormíamos mi papá, mi mamá, mi hermana y yo. Los abuelos nos quieren, nos daban de comer, nos respetaban, cuando mi

papá nos pegaba ellos nos defendían. Yo quiero vivir con mis abuelitos ..., porque me da pesar de ellos, porque ellos están luchando por nosotras, en las visitas nos decían, que querían que nos entregaran a ellos, que nos iban a dar todo y que nos iban a dar juguetes y un televisor; a pesar de que en Bienestar Familiar nos han tratado muy bien yo quiero vivir con mis abuelos. A mi papá lo mataron, él estaba en el Parque Industrial y un día que tocaba visita de mis padres lo mataron, mi mamá me contó que el en el hospital les dijo que pedía que no lloráramos por él... antes trabajaba construcción, luego no trabajaba; mi abuelo es vigilante y mi abuela trabaja en una casa de familia, eran los que nos llevaban al colegio. Lo que más me gusta hacer es ver televisión, ver muñequitos, ir a piscina, jugar a saltar lazo, para crecer. Me gusta mucho estudiar, cuando sea grande quiero ser veterinaria, yo estudio en.... Si nos vuelven a entregar a mis abuelitos, no dicen que nos debemos bañar, tener listo el babón de piojos, ser muy juiciosas y no salir tanto a la calle. Quiero que me ayuden con los abuelitos, a irnos para allá y nada más. Yo quiero mucho a mis abuelitos y me gustaría irme a vivir con ellos...”

El despacho hizo constar que la niña Andrea en varios episodios de la entrevista, al referirse a su padre y a sus abuelos, se mostró emocionalmente afectada y lloró (folio 43 del cuaderno principal).

3.2.1.2 Testimonio de José, Carmen y Ana

El 3 de diciembre de 2012, el Magistrado, en asocio con el Secretario de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villa María, se constituyó en audiencia pública, y escuchó en declaración a los señores (as) José, Carmen y Ana, quienes manifestaron lo siguiente:

José manifestó:

“...tengo 62 años de edad...abuelo paterno de las niñas, resido en Cuba barrio Cortés, de profesión vigilante y en ocasiones vendo verduras como vendedor ambulante; estudié hasta segundo de primaria...”

En el momento en que se llevaron las niñas ellas estaban con el papá y la mamá, vivían con

ellas, estaban bien, porque yo veía por ellas y mi señora, él solo me ayudaba, pero como hay tiempos que se agotaba el trabajo, pero cuando trabajaba me ayudaba. Ese día estaban mi hijo y mi nuera adentro viendo televisión y las niñas jugando afuera, cuando llegaron y se llevaron las niñas...PREGUNTADO. Díganos si las niñas cuando vivían con usted estudiaban, dónde y en qué grado se encontraban. CONTESTÓ: 'En el mismo barrio, en grado de primaria, había veces que les tocaba por la mañana y otra veces después de medio día, fuera yo o fuera la nuera llevábamos las niñas a la escuela, cuando ella no podía, yo iba y la traía'. PREGUNTADO. Díganos cuánto hace que usted no ve a las niñas. CONTESTÓ: 'Cuando estaban recién entradas las niñas, ellas tenían visita, entonces iba yo con mi señora, la otra hermanita y las tías, y últimamente hace como seis meses le quitaron las visitas a las niñas y entonces no las hemos vuelto a ver. Cuando fue, en ... el hospital, fui a reclamar una medicina para mi señora, cuando las pillé en el hospital a las dos niñas, estaban con la señora que las ve a ellas...cuando yo sentí que me tocaron por detrás y me saludaron y me decían llorando que querían venirse son migo (sic), yo les dije que esperara que decían los doctores (sic), desde eso no las he vuelto a ver. El doctor Juan David fue el que me dijo que ya no podíamos visitar a las niñas y ellas no tienen la culpa de nada, ese castigo no es para nosotros, ese castigo es para ellas y ese derecho es de ellas a ver la familia, ese castigo deberían quitarlo'. PREGUNTADO. Díganos qué condiciones está usted dispuesto a ofrecer a las niñas, en caso de que se las entreguen. CONTESTÓ: 'Darles el estudio como antes, darles la alimentación como siempre se las daba. Cuando yo llevaba a las niñas a la escuela yo les daba para comprar algo en el recreo o se lo daba a la nuera para que ellas compraran los dulcecitos en la escuela y llevaba su jugo...PREGUNTADO. Díganos en la actualidad con quien vive usted. CONTESTÓ: "Por el momento, con mi señora. Somos nosotros dos solos, nada más, porque el hijo me lo mataron, cuando le quitaron las hijas él no se hallaba, se entregó al vicio de aburrido y lo mataron'. PREGUNTADO: Díganos si cuando las niñas estaban con usted, en presencia de ellas se consumían sustancias estupefacientes dentro de la casa. CONTESTO: 'Doctor, yo no le niego, el consumía marihuanita, nada más, no bazuco ni nada más, pero él cuando se iba a meter el cosito de marihuana se iba para el solar y luego entraba a ver televisión'. PREGUNTADO. Díganos quienes se harían cargo de la crianza de las niñas. CONTESTÓ: "Yo y mi señora, porque ese es el consuelo de nosotros, tener las dos nietas, porque más adelante ya uno fallece, uno o la señora y yo quiero dejarles la casa, esa es la felicidad mía...PREGUNTADO: Díganos que ha sucedido con la mamá de las niñas, que contacto tiene usted con ella. CONTESTO: 'Ella

trabaja en una casa de familia y donde ella trabaja allá duerme, está muy juiciosa la muchacha, ella de vez en cuando va a la casa, pero ella permanece es donde trabaja´.

PREGUNTADO. Díganos cuáles son sus horarios de trabajo, el suyo y el de su señora y cómo se distribuirían su cuidado. CONTESTO: ´Yo trabajo desde las siete de la mañana hasta las doce o una de la tarde, cuando trabajo vigilancia entro a las seis de la tarde hasta las seis de la mañana, pero eso es cuando resultan turnos de los compañeros, entonces cuando trabajo de noche como vigilante, al otro día no trabajo en la galería. Mi señora permanece en la casa, ella es ama de casa´

En este estado de la diligencia el Magistrado concede la palabra a la Defensora de Familia por si quiere interrogar al testigo, quien PREGUNTA: Dígale al despacho cuando usted no trabaja de dónde devengan su sustento. CONTESTO: ´Yo siempre trabajo, como yo trabajo de cuenta mía, no tengo problema, pues si yo tengo una ventajita, puedo descansar, pero yo por lo general trabajo diario, yo sacó las verduras en la mañana y las vendo, eso cuando no trabajo en celaduría´.

PREGUNTADO: Existen otros parientes que puedan ayudarles en el cuidado de las niñas. CONTESTO: ´Puede ser la otra abuelita, o las hermanas de ella, hermanas de la abuela materna´.

Enseguida, el Magistrado retoma el interrogatorio. PREGUNTADO: Dígale al despacho si ustedes cuentan con algún tipo de seguridad social. CONTESTO: ´Estamos afiliados al SISBEN´...

PREGUNTADO: A cuánto ascienden sus ingresos mensuales. CONTESTO: ´Por ahí unos seiscientos mil pesos, de quinientos cincuenta a seiscientos mil pesos, y eso me rinde porque yo no soy vicioso´..." (folio 49 del cuaderno principal).

Carmen expresó:

"...A continuación y previa información sucinta acerca de los hechos que originaron la acción de tutela objeto de su declaración se le pidió que hiciera un relato completo de todo lo que le consta sobre los mismos y RESPONDIÓ: ´Las niñas han permanecido con nosotros, siempre con Paola y mi hijo, siempre vivieron con nosotros, hasta que se creció el río y se llevó todos los enseres de mi hijo, a mi viejo también se le llevó todo, el río se nos llevó todo hasta la ropa, fue cuando se llevaron a las niñas, les quitaron el uniforme y las vistieron, ese día nos llevaron a una caseta y nos dieron la comida a todos, era como una caseta de la cruz roja, y nos dieron mucha cosa...Después vinieron a mirar la casa y nos dijeron que nos iban a quitar las niñas, porque ya eran como las dos o tres de la mañana, y ahí fue cuando las cogieron a ellas y se las llevaron, dijeron que se las iban a llevar porque ellas estaban durmiendo en muy mal estado, estaban en el suelo en una colchoneta, pero

no estaban mojada ni nada...PREGUNTADA: Díganos cuál era el ambiente familiar cuando las niñas vivían con usted. CONTESTÓ: 'Ellos vivían aparte en la piecita, mi hijo y Paola, cuando ellos peleaban, a mí no me gustaba que escucharon eso y me las llevaba para mi pieza, y como mi esposos hace turnos de vigilancia yo me las llevaba para mi pieza y ellas se acostaban conmigo en mi cama, luego venía mi hijo y se las llevaba dormidas para la pieza de ellos'. PREGUNTADA: En su casa se consumían sustancias estupefacientes en presencia de las niñas. CONTESTO: 'No señor, que yo haya visto no. Porque a mí no me gustaba eso, yo se que él consumía vicio pero en presencia de las niñas yo nunca lo vi hacerlo'. PREGUNTADA: Díganos que condiciones de bienestar para el desarrollo integral de sus nietas está dispuesta a brindar en caso de que se entreguen. CONTESTO: 'Me las llevaría para mi casa, mi viejo y yo las cuidaríamos, el trabaja en celaduría y ventas ambulantes y como pobres no nos falta la comida gracias a Dios, yo no trabajo pero mi esposo sí trabaja, la mamá de las niñas está trabajando y dijo que si no las entregaban ella también me ayudaba'...PREGUNTADO: Cuéntenos cómo era el trato que le daban a las niñas en la casa. CONTESTO: 'Bien, Karen las quería mucho, era muy juiciosa con las niñas y las mantenía muy hermosas'..." (folio 49-50 del cuaderno principal).

Ana indicó:

"...Sé que las niñas las tenían muy bien, el papá y la mamá, y los suegros de ellos también las querían mucho. Él era muy buen trabajador y le mantenía de todo a las niñas, trabajaba cogiendo café y en lo que hubiera forma, para conseguir la comida de la familia, luego se vinieron para donde están ahora y ahí fue cuando se les inundó la casita y se quedaron sin nada, ya a lo último fue que me llamaron y que las niñas se las habían quitado., lo que me dijo la profesora fue como se les había inundado la casa y las encontraron durmiendo en una cobija tiradas en el suelo, se las habían quitado. No tengo nada más que decir de ellas'...PREGUNTADO: Qué recuerda usted del ambiente familiar en que vivían las niñas. CONTESTÓ: 'Cuándo vivía con ello, todo bien para las niñas. PREGUNTADO: Usted cree que los abuelos paternos de ellas están capacitados para hacerse cargo de ellas. CONTESTO: Sí doctor, para mí si., porque el señor trabaja vendiendo frutitas y en celaduría, y que están ellos dos solos y mucha es la compañía para las niñas y para ellos'. PREGUNTADO: De la familia paterna y materna de estas niñas, hay otras personas que podrían ayudar a su crianza. CONTESTO: 'Pues una hermana mía ... ella se llama Miriam ... ella nos dijo que si de pronto me daban las niñas a mí, ella misma me ayudaba'...PREGUNTADA: Qué

condiciones podría ofrecerles. CONTESTO: 'El estudio, la crianza, la comida y todo. Yo vivo con mi hija y dos nietos y el hermanito de ellas que se llama Bernardo y el hijo mío Jhon Edier Loaiza, que se hace cargo de todo, él trabaja en el centro de celaduría, en una empresa de vigilancia pero no se como se llama, es en la Alcaldía que el presta el servicio'. PREGUNTADO: Díganos si la casa donde ustedes viven es propia o arrendada. CONTESTO: 'La casa es propia, tiene tres piezas, en un cuarto duermen la hija mía y sus dos hijos, una niña de quince años y el niño de diez años, en el otro cuarto duermen los tres muchachos, mi nieto ... de quince años y mis dos hijos, uno de quince años y un adulto; y en el otro cuarto duermo yo. Llegado el caso de que me den las niñas, haría otra piecita para las niñas'. PREGUNTADO: Qué sabe de su hija Karen. CONTESTO: 'Ella trabaja en casa (sic) de familia, a veces va los domingos a ver el niño, ella mantiene muy triste porque donde trabaja hay dos niñas y le recuerdan las niñas de ella'. En este estado el Magistrado concede la palabra a la señora Defensora de Familia por si quiere interrogar a la testigo. PREGUNTADO: En el evento en que las niñas fueran entregadas a los abuelos paternos estaría usted dispuesta a apoyarlos en el cuidado de las niñas. CONTESTO: 'Ayudando con fruticas, yogures, ayudando para vestirlas y para ir al colegio'..." (folios 50-52 del cuaderno principal).

3.2.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-

El 5 de diciembre de 2012, la Defensora de Familia, respondió a las preguntas formuladas por el despacho sustanciador, y también presentó los informes psicológicos de los señores mediante auto del 16 de noviembre de 2012, en los siguientes términos (folios 55- 74 del cuaderno principal):

3.2.2.1 Respuesta a los interrogantes planteados por el despacho del Magistrado sustanciador.

Señala que las niñas ingresaron al ICBF, Centro Zonal Villa María, bajo medida de restablecimiento de derechos, el 19 de abril de 2011 y, actualmente se encuentran en un hogar sustituto del ICBF.

Frente a la situación actual de las niñas, manifiesta que (i) desde el punto de vista jurídico, las niñas se encuentran declaradas en situación de adoptabilidad desde la audiencia de fallo de fecha 26 de agosto de 2011, decisión que se encuentra ejecutoriada y fue homologada

por el Juzgado de Familia, el 24 de febrero de 2012. Agrega que las niñas no han sido reportadas al Comité de adopciones teniendo en cuenta que sus abuelos por línea paterna radicaron el 3 de mayo de 2012, solicitud dirigida a obtener la adopción de sus nietas. Aclara que la solicitud de adopción se realizó bajo la asesoría de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría de Familia, y nunca por solicitud del ICBF. Dicha solicitud, aduce, aún se encuentra en trámite, por cuanto los peticionarios han sido requeridos en varias oportunidades para complementar la documentación así como para la valoración de idoneidad.

(ii) Desde el punto de vista físico, refiere, teniendo en cuenta las últimas valoraciones nutricionales efectuadas, el 3 de septiembre de 2012, las niñas mostraban un buen estado de salud con el siguiente diagnóstico: 1) Andrea presenta baja talla sin más signos que reflejen carencias nutricionales, 2) Sol no evidencia signos de carencia nutricional.

(iii) Desde el punto de vista psicológico, señala, mediante valoración psicológica del 16 de octubre de 2012, el psicólogo adscrito a la Defensoría de Familia estableció el siguiente estado: 1) Andrea: "...Se realizó seguimiento desde el área de psicología a la niña de 10 años y 9 meses de edad quien presenta un adecuado desarrollo para la edad cronológica, su repertorio conductual es positivo, sigue normas, es preactiva frente a sus compromisos y obligaciones, con un buen rendimiento escolar y se encuentra afianzada la rutina de lectura..."; 2) Sol: "...Se realizó seguimiento desde el área de psicología a la niña de 8 años y 11 meses de edad, quien presenta un adecuado desarrollo para su edad cronológica, su repertorio conductual es positivo, sigue normas, es proactiva frente a sus compromisos y obligaciones y ha tenido un buen desempeño académico y con una disminución en la frecuencia de mentiras que venía emitiendo..." (folios 55-58 del cuaderno principal).

Sobre Ana indica:

"...Se evidencia una comunicación fracturada entre la persona entrevistada y su hija Karen toda vez que los abuelos paternos informaron de la muerte de su segunda hija, Catherine quien contaba con 18 meses de edad, pero ella dice desconocer este evento.

La Señora Ana, nunca ha observado dificultad, en la llegada de Bernardo, hermano mayor de las niñas, a su hogar; por el contrario considera normal eximir a sus hijos de obligaciones como padres; el establecimiento de estos vínculos afectivos, es para ella reconfortante

acogiendo el imaginario 'Dios proveerá', para hacer alusión a la atención de sus derechos fundamentales...

Es importante anotar, que durante el transcurso de la entrevista, se evidenció en la Señora Ana trastorno de conciencia, aparecía mezclado en muchos momentos los relatos, en algunos momentos fusionados, no abarcaba los contenidos que tenía que abarcar, se evidencia desorientación no presenta coherencia en la relación temporo-espacial... Se evidencia en general incipiente factor de generatividad, no se evidencia claridad sobre fortalezas en su familia frente a las funciones de protección, orientación y control, ni precisión en acuerdos sobre metas de desarrollo en el grupo familiar..." (folio 59-64 del cuaderno principal).

Sobre Carmen y José se manifiesta:

"...Historia Familiar. Carmen... de 60 años y José...de 64 años, casados desde el 10/7/70, llevando 42 años ininterrumpidos de convivencia; tuvieron seis hijos, de los cuales tres de ellos murieron de manera violenta hace 8, 7 y 2 años, desconociendo causas exactas de su homicidio reconociendo que eran consumidores habituales de SPA... Estos tres hijos alcanzaron el grado cuarto de básica primaria; por decisión de ellos mismos cuando se encontraban entre diez y trece años de edad, abandonaron sus estudios decidiendo permanecer en la calle, obteniendo dinero de diversas actividades como jornaleros en oficios varios y juegos de azar... Parte del dinero obtenido lo empleaban en el consumo de alcohol. Esta decisión de desescolarización sucedió con el consentimiento de los padres ya que sus hijos aportaban dinero para el sostenimiento del hogar, afirmando que 'no era tan importante que estudiaran'. La Muerte de estos tres hijos, la describen como muerte violenta, por homicidio, refieren como posible causa, pelea callejera o cobro de cuentas. Dos de ellos murieron antes que Bernardo el padre de las niñas...

En relación con Bernardo padre de las niñas en referencia, lo describen como el 'más agresivo de sus hijos fallecidos' e indican que su relación con Karen su compañera, fue conflictiva refieren dificultades, gritos que ameritaron en algunos momentos retirar a las niñas del lugar en donde discutían; atribuyen la mayoría de las desavenencias, situación de celos. Informan que su hijo (Bernardo) efectivamente consumía SPA, lo hacía de manera continua y en algunos momentos en el patio de su casa. Los Señores Carmen y José

identifican la marihuana sustancia que no produce daño alguno, 'no produce efecto' refieren además que se usa como algo medicinal afirman 'No le vemos problema a la marihuana'...

A nivel conyugal la pareja conformada por la Señora Carmen y el Señor José, presentan una buena imagen, tratando de evidenciar, unión, solidaridad, cooperación y apoyo mutuo...sin embargo, se observan dificultades de comunicación. Durante la entrevista, en varias ocasiones, opinaban o respondían a las preguntas formuladas, de manera distinta, buscando de alguna manera invalidar al otro; ante la pregunta: 'En caso de que les sean entregadas las niñas a ustedes, ¿permitirían a la madre tener contacto con ellas?', la Señora Carmen responde que es un derecho de ella y esto lo respetaría por ser su madre, por el contrario el Señor José manifiesta que no es conveniente, aceptando que tengan contacto dentro de la casa sin permitirles salir con ella. En otras ocasiones se contradicen y en algún momento la Señora Carmen, busca invalidar su reporte, mediante la expresión: 'usted no sabe'...Niegan la existencia de una violencia familiar entre Karen y Antonio, con quienes convivieron de manera permanente; sin embargo, la expresión 'era el más violento de los hijos' para definir a su hijo Antonio, da cuenta de la ausencia de control de sus impulsos y de la carencia de respeto por la integridad del otro. Esta situación permite establecer que el estilo de crianza de ellos era permisivo.

La expresión 'la mujer es digna de lástima' empleada por el Señor José, da cuenta de la existencia de una relación de género en el cual se ubica en una postura diferencial frente a la mujer. Esta expresión fue sustentada por el Señor José de una manera espontánea..." (folios 66-73 del cuaderno principal).

3.2.2.3 Valoraciones de idoneidad familiar desde el área psicosocial de José y Carmen.

Mediante informe secretarial del 13 de febrero de 2013, fueron remitidas las valoraciones de idoneidad familiar desde el área psicosocial de los señores José y Carmen, realizadas por la Defensoría de Familia del Centro Zonal Villa María, cuyas conclusiones se presentan a continuación:

"INFORME PSICOLÓGICO PARD...

Villa María, 19 de noviembre de 2012...

José...

Durante la sesión se identificó que es una persona que cuenta con unas muy buenas habilidades para sus procesos de socialización, es así como señala el apoyo que en diferentes momentos le ha brindado la comunidad, observándose una red comunitaria establecida. En cuanto al manejo de sus impulsos, se observa un buen autocontrol, presentando de igual forma una buena tolerancia a la frustración, lo que se evidencia en el hecho de buscar apoyo en diferentes instancias legales, con miras a una solicitud de reintegro de las niñas a su medio familiar. A nivel afectivo se evidencia una tendencia a la expresión de afecto constante y a la generación de vínculos afectivos estables, aunque con carencias para el manejo de límites dentro de estos, lo que se evidencia al indagar por los límites que estaría dispuesto a generar con la mamá de las niñas en el caso de un reintegro, observándose dificultad para establecer límites claros en la relación, estando constantemente dispuesto a que la mamá las vea, compartiendo espacios y tiempos, no teniendo claro si en presencia o ausencia suya, al ser contradictorio en algunos momentos de la intervención...

Ajuste marital... En la actualidad se logra identificar que han generado ajustes dentro de la relación, que les han permitido llegar a acuerdos y conciliaciones en los momentos de conflictos de pareja... tratando de evidenciar unión, solidaridad, cooperación y apoyo mutuo. Aunque se observan algunas inconsistencias en la comunicación entre ambos, durante la entrevista, en varias ocasiones, opinaban o respondían a las preguntas formuladas, de manera diferente y/o contradictoria, buscando de alguna manera invalidar al otro; es así como en la intervención con la señora Carmen cuando se le indaga por la posibilidad de que la mamá vea las niñas responde que es un derecho de ella y esto lo respetaría por ser su madre, por el contrario el Señor José manifiesta que no es conveniente, aceptando que tengan contacto dentro de la casa sin permitirles salir con ella...

Carmen...

Características de personalidad: Durante la sesión se identificó que es una persona que no cuenta con unas habilidades para sus procesos de socialización fuertes, es así como constantemente está a la espera de que su esposo emprenda estos procesos (pasividad),

aunque al igual que su pareja señala el apoyo que en diferentes momentos le ha brindado la comunidad, observándose una red comunitaria establecida; la señora reconoce en su discurso a Karen (mamá de las niñas) como la amistad más cercana al brindarle acompañamiento y preocupación por ella...

Es una persona con una sensibilidad social, es así como perteneció al programa de hogares comunitarios como madre comunitaria durante nueve años y medio...

A nivel afectivo se evidencia una tendencia a la expresión de afecto constante y a la generación de vínculos afectivos estables, aunque con carencias para el manejo de límites dentro de estos, lo que se evidencia al indagar por los límites que estaría dispuesta a generar con la mamá de las niñas en el caso de un reintegro, observándose dificultad para establecer límites claros en la relación, estando constantemente dispuesta a que la mamá las vea, compartiendo espacios y tiempos. De igual forma se percibe como una persona con una baja autoestima y auto-concepto, es así como constantemente solicita aprobación a sus conductas especialmente a su esposo...

INFORME PSICOLÓGICO PARD...

4 de Diciembre de 2012...

Carmen...

Manejo de pérdida: Al realizar una indagación por la muerte de sus seis hijos, de los cuales tres de ellos murieron de manera violenta hace 8, 7 y 2 años, se evidencia dificultades en la señora Carmen para asumir los duelos, se observan indicadores un proceso no resultado, al intentar en su discurso justificar la solicitud de adopción en presunto último pedido del papá de las niñas, en la cual les señalaba que fueran ellos los que las recuperaran...

Motivación para adoptar: En el discurso de la señora Carmen se identifican tres razones principales para adelantar el proceso de adopción; por un lado está la intencionalidad de cumplir con la presunta solicitud de su hijo de que sean ellos quienes asuman su cuidado; la segunda se asocia a su intencionalidad de poder acercar a las niñas a su mamá al señalar 'es que ella sufre mucho'; y como tercero y último se encuentra el hecho de que las niñas representan una compañía en la soledad que presentan, al no contar con una red familiar

extensa cercana, identificando a las niñas como un apoyo emocional y económico al igual que como lo asumieron sus hijos, identificándose este último muy marcado en la intervención con la señora Carmen.

Expectativas respecto al niño: En el discurso del adoptante a pesar de su intencionalidad y motivación frente a la posibilidad de tener el cuidado de sus nietas, no se identifica de forma clara la posibilidad de asumirse como figura materna, es así como en su discurso plantean constantemente que los padres seguirán siendo su hijo y Karen, que al realizar un análisis más profundo se asume que la alternativa de la adopción dirigida puede estar más asociada a un intento de lograr el reintegro de las niñas, más que a la intencionalidad de asumir un rol parental...

Aspectos característicos en los modelos educativos y de relación que orientarán la relación padres e hijos: Doña Carmen tuvo seis hijos con Don José, de los cuales tres de ellos murieron de forma violenta, desconociendo las causas exactas de dichos episodios, aunque realiza un reconociendo frente a su hijo Antonio y padre de las niñas, frente a su dificultad en el consumo habituales de SPA. Estos tres hijos estudiaron hasta grado cuarto de básica primaria, al tomar ellos mismos la decisión de abandonar el proceso escolar aproximadamente a los 10 años de edad, obteniendo dinero de diversas actividades como jornaleros, vendedores ambulantes al lado del padre, en oficios varios y juegos de azar, estando estas actividades aceptadas y no evaluadas como perjudiciales para su desarrollo por parte de los padres. Dicha decisión a pesar de su corta edad se dio con el consentimiento de los padres, que al ser confrontada con el señor la justifica en el hecho de que aportaban dinero para el sostenimiento del hogar. Lo que se evidencia de forma similar con algunos de los niños que asistieron a su hogar comunitario y que mantienen contacto con ella, al señalar de forma muy relevante el apoyo económico que todavía le brindan...

Durante toda la intervención se observó un intento por parte de la señora Carmen de justificar las dificultades que tenían sus hijos con el consumo de SPA o la agresividad, ejemplo de esto es como señalan que la entrega de Bernardo al SPA fue producto del retiro de las niñas del medio familiar; identificándose en los solicitantes dificultades para asumirse como figuras de autoridad para sus hijos, de forma tal que pudieran realizar contención y/o modelación a las conductas disruptivas y agresivas de estos; lo que posiblemente dio pie a las problemáticas que se presentaron tanto en la familia de origen, así como en las familias

que posteriormente formaron. Evidenciándose especialmente en la señora Carmen conductas claramente permisivas, como el hecho que en su discurso señalase que ocultaba a su esposo algunos comportamientos disruptivos de sus hijos.

Al realizar una indagación frente al rol que ella cree que debe desempeñar como mujer en la crianza de los hijos, esta señala que debe estar más a cargo de hacer oficio y cocinar y el hombre más en la figura de proveedor económico de la casa; observándose con lo anterior las características de una familia claramente patriarcal...

José...

Se observan indicadores de duelo no resuelto, al intentar en su discurso justificar la solicitud de adopción en el presunto último pedido del papá de las niñas antes de morir, en la cual les señalaba que fueran ellos los que las recuperaran.

Motivación para adoptar: En el discurso del señor José se identifican tres razones principales para adelantar el proceso de adopción; por un lado está la intencionalidad de cumplir con la presunta solicitud de su hijo de que sean ellos de que asuman el cuidado de las niñas; la segunda se asocia a la importancia de dejar su posible herencia a ellas, señalando un solución de vivienda en que se encuentran al ser damnificados de inundaciones que han acontecido en el barrio ...; y como tercero y último se encuentra el hecho de que las niñas representan una compañía en la soledad que presentan, al no contar con una red familiar extensa cercana, identificando a las niñas como un apoyo emocional y económico al igual que como lo asumieron sus hijos...

INFORME PSICOLÓGICO PARD...

13 de Diciembre de 2012...

Carmen...

En cuanto al manejo de la verdad, la señora Carmen tiene disposición para informarle las circunstancias reales de las niñas, sobre su historia y orígenes, la cual las niñas ya conocen. Aunque expone de forma textual lo siguiente, al indagar por la relación que mantendría la señora Karen con las niñas en el momento de venir a solicitar podérselas llevar, la señora responde de la siguiente manera: 'hay que sacarlas, porque mamá es mamá, que las

maltrate o las trate mal yo no he visto nada´ continuando más adelante su exposición al señalar ´si la mamá me dice que doña Marleny me deja llevar las niñas allí, yo las dejo llevar, porque mamá es la mamá´; evidenciándose con esto dificultades para asumir una postura en donde se identifiquen límites claros en la relación con la mamá de las niñas, teniendo presente que en diferentes momentos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos se identificó que no cuenta con los mecanismos para ser garante de derechos de sus hijas, lo que es reconocido por ambos adoptantes y sobre lo cual se ha realizado diferentes intervenciones de sensibilización por parte de los equipos interdisciplinarios de la defensoría de familia.

Establecimiento de vínculos: En el momento de la intervención se logra evidenciar por parte de la solicitante un vínculo afectivo con sus nietas, dado que son ellos los que en diferentes momentos han asumido el cuidado de sus nietas; aunque no se logra establecer si el proceso de adopción de las niñas obedece a su interés superior de estas, o está asociado a las necesidades personales, familiares y sociales de la adoptante...

José...

Actitud hacia la historia del niño y su familia biológica: En cuanto al manejo de la verdad, el señor José tiene disposición para informar las circunstancias reales a las niñas, sobre su historia y orígenes, las cuales las niñas ya conocen. Aunque, al indagar por la relación que mantendría la señora Karen con las niñas y lo que ocurriría en el momento de esta venir y solicitar llevárselas, el señor responde de la siguiente manera: ´si la dejo que se las lleve, siempre y cuando yo o mi esposa esté con ellas, pero si van a ir a comprar algo que se las lleve por ahí un momentito no hay problema´; evidenciándose con esto dificultades para asumir una postura en donde se identifiquen límites claros en la relación con la mamá de las niñas, teniendo presente que en diferentes momentos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos se identificó que no cuenta con los mecanismos para ser garante de derechos de sus hijas, lo que es reconocido por ambos adoptantes y sobre lo cual se ha realizado diferentes intervenciones de sensibilización por parte de los equipos interdisciplinarios de la defensoría de familia..." (folios 79-100 del cuaderno principal).

Teniendo en cuenta los anteriores informes, el ICBF emitió concepto psicológico de idoneidad, en los siguientes términos:

“Una vez cumplidas las actuaciones para poder presentar el caso de las hermanas Sol y Andrea al comité de adopciones, se puede concluir que los resultados alcanzados en las diferentes sesiones, dan como resultado la no identidad de los solicitantes para adelantar el proceso de adopción de sus nietas.

Se debe destacar la actitud de los solicitantes, ante las dificultades para aceptar las condiciones del proceso, quienes a pesar de su ansiedad, han sabido asumir las circunstancias derivadas de la misma particularidad del caso, permaneciendo expectante y atento a cualquier requerimiento del ICBF.

Una vez se ha expuesto las dinámicas personales e intervenido la dinámica relacional de los solicitantes, a la luz del lineamiento técnico para adopciones en Colombia y el modelo solidario del ICBF se puede concluir que los señores José y Carmen, no reúnen las condiciones de idoneidad mental y moral para poder garantizarle a las niñas el ejercicio de todos sus (sic); es así como se observó unas personas con una inestabilidad emocional, con dificultad para establecer y mantener vínculos que les permitan relacionarse adecuadamente consigo mismos y con los otros, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite a las niñas un desarrollo equilibrado en sus diferentes áreas especialmente a nivel emocional, evidencia de esto son las carencias en el manejo de pautas de crianza durante el proceso de desarrollo con sus hijos...el distanciamiento de la familia extensa, la presencia de diferentes eventos estresantes y las escasas estrategias para enfrentarlos, y la dificultad para asumiesen como figuras de autoridad para sus hijos, evidenciándose permisivos y justificadores de los diferentes comportamientos disruptivos, la desescolarización para iniciar su vida laboral para ayudar a proveer económicamente a la familia, el consumo de SPA y agresividad, así como para establecer límites en Karen (madre de las niñas)...”

En definitiva, refiere, teniendo en cuenta el anterior concepto sumado a los antecedentes del proceso administrativo de restablecimiento de derechos adelantado en la Defensoría de Familia, Centro Zonal Villa María, se identificó un conjunto de condiciones de vulnerabilidad en los solicitantes que pueden comprometer la posibilidad de garantizarle a las niñas el ejercicio de sus derechos, pues no se identifica un ambiente psicológico que permita un desarrollo equilibrado en sus diferentes áreas (folios 101-108 del cuaderno principal).

Con respecto al informe social- adopciones, el ICBF conceptuó:

“Después de realizadas las diversas intervenciones y analizada la información se considera que los señores Carmen y José sienten una necesidad específica de tener a sus nietas Sol y Andrea con ellos principalmente motivada por la tristeza de la madre biológica de las niñas y la de ellos mismos por lo que optan por su adopción, tienen un lazo afectivo pero no se evidencian factores de generatividad suficientes en la pareja para brindar lo necesario a las niñas para su bienestar y el adecuado desarrollo de sus personalidades, no cuentan con apoyo de red extensa para asumir la responsabilidad de la adopción y en la pareja se observa una avanzada edad, falta de pautas de crianza, permisividad entre otros factores de riesgo que puede dificultarle el acompañamiento a las niñas en su pre y adolescencia lo que podría ser un obstáculo para la construcción o continuidad y puesta en marcha de su proyecto de vida.

En el proceso desarrollado con la pareja se identificaron factores de riesgo como:

...desligamiento de la red extensa, poco acompañamiento y escasez en el apoyo social... A nivel sociocultural la familia ha estado inmersa en circunstancias negativas como el consumo de SPA, falta de valores sociales como pocas oportunidades educacionales y laborales además de la presencia de riesgo en lo habitacional que desencadenaron el ingreso de las niñas al ICBF, lugar donde la familia continúa y donde se evidencian carencias que desfavorecían la cotidianidad de las niñas... El señor José permanece fuera de la vivienda trabajando y la señora en la vivienda, sin pautas de crianza y manejo de autoridad que puedan favorecer el desarrollo de la personalidad de las niñas... A nivel dinámico relacional la pareja evidencia armonía conyugal, en la historia de la crianza de los hijos permisividad y dificultades en el ejercicio de autoridad en la relación parentofilial...

De acuerdo a lo anterior se establece que la señora Carmen y el señor José desde el área social no se consideran idóneos para a través de la adopción reconocer a sus nietas Sol y Andrea por todos los factores de vulnerabilidad antes expuestos y que desfavorecerían el bienestar y el adecuado desarrollo de un proyecto de vida claro que garantice sus derechos...” (folios 109-118 del cuaderno principal).

4. CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

4.2. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

4.2.1. Corresponde a la Sala examinar si el Juzgado de Familia vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, por no notificarle la sentencia mediante la cual homologó el trámite administrativo surtido por el ICBF, dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de las niñas Sol y Andrea.

También deberá analizar si dentro del trámite administrativo referido se comprometió el derecho fundamental al debido proceso de la peticionaria, (i) por no notificarle personalmente la decisión adoptada en la audiencia que decretó como medida de restablecimiento de derechos, la adoptabilidad de las menores de edad, y (ii) por la omisión de la Defensoría de Familia de proferir la resolución a la que se hace referencia en el artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Por último, estudiará la presunta vulneración del derecho fundamental de las niñas a tener una familia y no ser separadas de ella y a la libre expresión de sus opiniones, los cuales la solicitante considera lesionados debido a que en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y en el control de legalidad ejercido sobre esta determinación, no se tuvo en cuenta que la familia extensa, en particular los abuelos paternos, desean hacerse cargo de su cuidado.

4.2.2. Para resolver estos problemas, la Sala (i) estudiará la legitimación en la causa por activa, en particular la figura de la agencia oficiosa cuando se solicita la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; (ii) reiterará la doctrina constitucional relacionada con la procedencia excepcional de la acción de tutela, tanto contra providencias judiciales como contra actos administrativos, en particular, desarrollará brevemente lo atinente a los defectos específicos de procedibilidad fáctico y de violación directa de la Constitución; (iii) analizará el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella; (iv) por último y en aplicación de lo anterior,

resolverá el caso concreto.

4.3.1. El artículo 86 Superior consagra a favor de toda persona la posibilidad de interponer la acción de tutela 'por sí misma o por quien actúe a su nombre' para invocar la protección de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de amparo podrá ser interpuesta (i) por la misma persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) a través del agente oficioso, cuando el titular de los derechos invocados no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse en el escrito de tutela; (iv) por el defensor del pueblo; o (v) por los personeros municipales.

4.3.2. Ahora bien, para el caso objeto de examen, es pertinente centrarse en la agencia oficiosa, figura jurídica que ha sido fortalecida por esta Corporación con base en tres principios constitucionales: (i) el principio de eficacia de los derechos fundamentales, el cual implica la ampliación de los mecanismos institucionales para realizar efectivamente las garantías a favor de las personas; (ii) el principio del derecho sustancial sobre las formas, que se encuentra en consonancia con el principio de justicia material, y que se refiere a que el procedimiento debe ser el vehículo que conduzca a la protección y a la realización del contenido de las garantías superiores; y (iii) el principio de solidaridad, atinente a que todos los miembros de la sociedad están llamados a velar no sólo por la protección de sus derechos fundamentales individualmente considerados, sino que también deben estar comprometidos en la defensa de las garantías de aquéllos que no pueden hacerlo por sus propios medios[3].

4.3.3. Bajo esta línea argumentativa, la Corte Constitucional se ha ocupado de establecer algunos requisitos que deben verificarse cuando un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona. En primer lugar, debe manifestar que actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca -puede ser por medio de una prueba sumaria-. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, cuando ello sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela. Sin embargo, los anteriores requisitos deben aplicarse en forma flexible, atendiendo

a las circunstancias particulares de cada caso concreto[4].

4.3.4. Las reglas anteriores, cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, deben aplicarse de manera aún más flexible, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que la corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente, el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos. En este escenario es irrelevante si el menor de 18 años tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la efectiva protección de sus derechos, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o ante la posible vulneración de sus derechos. Sobre este punto, en la sentencia T-462 de 1993 se explicó que: "...A diferencia de lo afirmado por el Tribunal de tutela, esta Corte considera que cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos...Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial..."[5]

Además, no en pocas ocasiones es el representante legal el causante de la vulneración; en consecuencia, no se puede exigir que actúe en defensa de los derechos de su representado,

pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente como sujeto activo de la vulneración, omita hacer uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación[6]

Finalmente, es importante mencionar que existe un deber reforzado de velar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cabeza de quienes conforman el Ministerio Público, el cual, además de las funciones asignadas en la Constitución y en la ley, debe "...Promover, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos de la infancia en las instituciones públicas y privadas con énfasis en el carácter prevalente de sus derechos, de su interés superior y sus mecanismos de protección frente a amenazas y vulneraciones..." y las demás asignadas en el artículo 95 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

4.4. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

4.4.1 La Corte Constitucional mediante sentencia C-543 de 1992 declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991 referidos a la caducidad y competencia especial de la tutela frente a providencias judiciales, por considerar que contrariaban principios constitucionales de gran valía como la autonomía judicial, la desconcentración de la administración de justicia y la seguridad jurídica.

No obstante, reconoció que las autoridades judiciales a través de sus sentencias pueden desconocer derechos fundamentales, por lo cual admitió como única excepción para que procediera el amparo tutelar, que la autoridad hubiese incurrido en lo que denominó una vía de hecho. A partir de este precedente, la Corte comenzó a construir una línea jurisprudencial sobre el tema, y delimitó los defectos que configuraban una vía de hecho. Por ejemplo, en la sentencia T-231 de 1994, la Corte dijo: "Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del

procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”[7] En casos posteriores, esta Corporación agregó otros tipos de defectos constitutivos de vías de hecho.

En el marco de esta línea jurisprudencial, se subrayó que todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución en razón de lo dispuesto en el artículo 4 de la Carta Fundamental. Además, se resaltó que uno de los efectos de la categoría Estado Social de derecho en el orden normativo es que los jueces en sus providencias, definitivamente están obligados a respetar los derechos fundamentales.

De la misma forma, esta Corporación ha sido enfática en señalar que las formas procesales no tienen un valor en sí mismas sino que adquieren relevancia en la medida en que logran el cumplimiento de un fin sustancial.

Lo anterior encuentra un claro fundamento en la implementación por parte del Constituyente del 91 de un nuevo sistema de justicia constitucional basado, concretamente, “(i) en el carácter normativo y supremo de la Carta Política que vincula a todos los poderes públicos; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional a quien se le atribuye la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales; (iv) y en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública en defensa de sus derechos fundamentales.”[8]

”[9]

4.4.2 En desarrollo de esta nueva doctrina constitucional, en la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, se hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Sobre los requisitos generales de procedibilidad estableció:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[10]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[11]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[12].

De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[13]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[14]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela[15]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”[16]

4.4.3 En la sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedencia especiales o materiales del amparo tutelar contra las sentencias judiciales. Estas son:

“...Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[17] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[18].

h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”[19]

En definitiva, como ha sido señalado en reciente jurisprudencia, la acción de tutela contra providencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra decisión judicial es concebida como un juicio de validez y no como un juicio de corrección[20]del fallo cuestionado, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación normativa, que dieron origen a la controversia.

4.5. procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia.

La acción constitucional consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, se caracteriza por ser una acción preferente y sumaria que busca evitar de manera inmediata la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Además su procedencia se circunscribe a la condición de que no existan otros medios ordinarios a través de los cuales se pueda invocar la protección del derecho en cuestión o que existiendo esta vía jurídica carezca de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales, como se anotó anteriormente, se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según los parámetros fijados por esta Corporación:

Los anteriores requisitos deben ser analizados en cada caso concreto, pues como regla general, no solamente debe hallarse acreditada la gravedad de la situación sino también que los mecanismos ordinarios no sean eficaces para la real protección de los derechos fundamentales involucrados.

No obstante, tratándose de personas en estado de indefensión o vulnerabilidad se ha determinado que el examen de los supuestos exigidos para probar el perjuicio irremediable no debe ser tan riguroso. Al respecto la sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001 expuso lo siguiente:

“...algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no

constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo”[23], y que amplía (sic) a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela...”

4.6. El defecto fáctico

4.6.1. Esta causal de procedibilidad se presenta cuando resulta evidente la omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias, no valoración del acervo probatorio o la valoración caprichosa o arbitraria de las pruebas existentes[24]. Al respecto ha señalado la Corte:

“En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia ‘impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido’. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque ‘no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variarían sustancialmente.’ Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien ‘el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva’ dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita.”[25]

4.6.2. El defecto fáctico tiene o presenta entonces dos dimensiones:

Una dimensión negativa que tiene lugar cuando el juez o autoridad administrativa niega o valora la prueba arbitraria, irracional y caprichosamente[26], u omite su valoración[27] y sin fundamento alguno da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente[28].

Una dimensión positiva, que generalmente se desarrolla cuando el juez o autoridad

administrativa aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar y al hacerlo desconoce la Constitución[29].

4.7. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Para iniciar, es importante aclarar que todas las causas específicas que originan la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales entrañan en sí mismas un quebrantamiento de la Carta Fundamental. No obstante, se ha establecido específicamente una causal denominada violación directa de la Constitución que puede originarse por una interpretación de un precepto que es inconstitucional, o porque la autoridad competente deja de aplicar la denominada excepción de inconstitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado:

“La exigencia de razonabilidad y de proporcionalidad en el proceso interpretativo y en los resultados de la interpretación, precisamente llama la atención acerca del papel que le corresponde a la Carta en la aplicación de la ley y, por eso, reiteradamente la jurisprudencia ha hecho énfasis en que las decisiones judiciales ‘vulneran directamente la Constitución’ cuando el juez realiza ‘una interpretación de la normatividad evidentemente contraria a la Constitución’ y también cuando ‘el juez se abstenga de aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso en el cual, de no hacerlo, la decisión quebrantaría preceptos constitucionales...’[30].”[31]

El fundamento de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad tiene su cimiento en el mandato contenido en el artículo 4º superior, el cual jerarquiza la Constitución Política en el primer lugar dentro del sistema de fuentes jurídicas colombianas.

Sobre el concepto y la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, la sentencia T-808 del 1 de octubre de 2007, explica:

Ahora bien, con relación a las condiciones que se exigen para la aplicación de la excepción de constitucionalidad, aspecto sobre el cual el actor hace énfasis, la Corte ha señalado que

la contradicción entre las normas constitucional y legal debe ser clara y evidente, y debe estar precedida de argumentos suficientes en los cuales se soporte la decisión. Una decisión de esta naturaleza debe tener en cuenta la jurisprudencia proferida por el intérprete autorizado de la Carta. Ello, en particular, dada la especial estructura de las normas constitucionales y las dificultades especiales de interpretación que dicha estructura ofrece. De no respetarse las reglas anteriores, las personas quedarían libradas a la voluntad y libre valoración de cada operador jurídico, en contravía de la presunción de constitucionalidad que acompaña a las disposiciones legales y de los principios de igualdad y confianza en la administración de justicia (seguridad jurídica) cuya protección exige la Constitución. [34] (subraya fuera de texto)

En esta medida, la Corte ha concluido que si no hay un precedente constitucional en la materia o una oposición evidente con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que disponen las disposiciones de inferior jerarquía (presunción de constitucionalidad), pues 'la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva'[35].

19. Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales' (Art.4º). Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional:

(...)

En otras palabras, cabe recordar que el artículo 4 de la Carta contempla el principio de constitucionalidad, según el cual en caso de incompatibilidad entre el Estatuto Fundamental y otra norma jurídica de rango inferior, deberá prevalecer aquél. En consecuencia, la autoridad pública que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política. (...).[36] (Subrayado fuera de texto).

Debe tenerse en cuenta que no son las partes en el proceso, sino la misma Constitución, la que habilita al juez para hacer prevalecer el ordenamiento superior. Por ello, el hecho de que la excepción de constitucionalidad no sea alegada por una de ellas, no implica que su declaratoria no pueda hacerse directamente por el fallador.”[37]

Es decir que, cuando es evidente que la norma de inferior jerarquía contraría principios, valores y reglas de rango constitucional, es un deber de las autoridades judiciales y administrativas aplicar directamente la Constitución. En estos casos, se reitera, la prevalencia del orden superior debe asegurarse aún cuando las partes no hubieren solicitado la inaplicación de la norma para el caso particular.

4.8. El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella.

4.8.1. Además del derecho de toda persona a la preservación de la unidad familiar, se encuentra como uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalecientes del que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política.

4.8.2. La Corte Constitucional ha establecido que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.). Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos[38].

4.8.3. Esta Corporación ha señalado que este derecho tiene una especial importancia para los menores de dieciocho años, puesto que por medio de su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales, por ejemplo, es principalmente a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, al amor, a la educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta[39]. Igualmente, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que “desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo

amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”[40].

4.8.4. De lo anterior, se deriva la regla de la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que aquella no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico[41]. En el mismo sentido, el Código de la Infancia y Adolescencia colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

4.8.5. Esta presunción se encuentra amparada por múltiples disposiciones internacionales que obligan al Estado colombiano: (i) la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7-1[42] y 9-1[43]; (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, principio 6[44]; (iii) el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993[45], preámbulo[46]; y (iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[47], artículo 23[48].

La presunción a favor de la familia biológica también encuentra sustento en la regla según la cual un niño recién nacido forma parte de la familia biológica, cualquiera que sea la configuración de tal grupo familiar, ipso facto y por el mero hecho de su nacimiento, lo cual le hace titular del derecho a recibir protección por parte de dicha familia. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros, en el caso de Keegan vs. Irlanda, en el que, mediante sentencia del 19 de abril de 1994, declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento, se opusiera efectivamente a su entrega en adopción.

4.8.6. Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional ha creado a través de su jurisprudencia ciertas reglas sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a no ser separados de su familia y sobre la presunción a favor de la familia biológica.

4.8.6.1. En la Sentencia SU-225 de 1998[49], la Corte afirmó que la intervención estatal debe presentarse cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. Ante esa eventualidad, compete al Estado prestar la protección y

el cuidado que las niñas y los niños necesitan. En otros términos, los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sean suficientes. Dicho en pocas palabras: “en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo”[50].

En torno a este punto, señaló la Corte Constitucional que uno de los aspectos más importantes al considerar la viabilidad de medidas de intervención, es que el argumento económico se deje de lado, esto es, que no pendan las medidas de intervención estatal de que las niñas o los niños puedan estar en mejores condiciones económicas. Tales condiciones económicas no representan razón suficiente “para privarlos de la compañía de sus familiares biológicos, por lo cual deben establecerse motivos adicionales, de suficiente peso, para legitimar una intervención de esta magnitud y trascendencia. Lo contrario, equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas o educativas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres no estén en condiciones económicas [o educativas] ‘adecuadas’ -un trato a todas luces discriminatorio-”[51].

Es claro entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que la intervención del Estado en las relaciones familiares puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, puesto que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia[53]

4.8.6.3. Así las cosas, precisó la Corte en la Sentencia T-671 de 2010[54], que en el análisis de los casos en los cuales los niños, niñas y adolescentes han sido separados de su familia biológica, es imprescindible contar con razones suficientes que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones familiares biológicas. Como se ha reiterado en apartes anteriores, los menores de 18 años son titulares de un derecho fundamental prevaleciente a tener una familia y no ser separados de ella; a su vez, la familia en tanto institución social básica es objeto de una clara protección constitucional, que impide que las autoridades o los particulares intervengan en su fuero interno o perturben las relaciones

que la conforman, sin que existan razones de peso previamente establecidas por el ordenamiento jurídico que así lo justifiquen, y únicamente de conformidad con el procedimiento establecido en la ley y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

4.9. El principio del interés superior de los menores de DIECIOCHO años.

4.9.1. Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, ésta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

Ahora, su calidad de sujetos de especial protección deviene del artículo 44 Superior, el cual establece, entre otros aspectos, 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. También, preceptúa que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, señala que el niño gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. Además de este instrumento, existen otros tratados y convenios internacionales que consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989[55].

4.9.2. El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, así "(...) 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". Por otra parte, el artículo 25 de este mismo

Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho años sobre los demás, estableció: “(...) 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 (...)”.

4.9.3. En definitiva, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

4.9.4. Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad[56]. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral[57].

4.9.5. Adicional a lo expuesto, la protección constitucional reforzada de la cual son titulares los niños, las niñas y adolescentes tiene su sustento en (i) el respeto de su dignidad humana, y (ii) la importancia de construir un futuro promisorio para la comunidad mediante la efectividad de todos sus derechos fundamentales[58].

4.9.6. Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de esta Corporación se han establecido los siguientes: (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley

sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.[59]

4.10. El derecho fundamental de los menores de dieciocho años a ser escuchados.

4.10.1. El principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño lo define en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

3. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

4.10.2. El Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12 acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, realizó el siguiente análisis:

(i) Esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos;

(ii) Este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías;

(iii) Respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el Comité precisó: 1) Ante todo el ejercicio del derecho a

emitir su opinión es una opción no una obligación. 2) Los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3) No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados.[60] 4) La disposición que se analiza no evidencia que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto los rodea no está ligado a su edad biológica. “Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”. Y 5) Respecto a la madurez, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”.

(iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo.

4.10.3. Por otra parte, en concordancia con el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 26, reconoce el derecho al debido proceso en los siguientes términos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

4.10.4. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de dieciocho años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa deberá tenerse en cuenta la misma.

5. CASO CONCRETO

5.1. EXAMEN DE PROCEDENCIA

5.1.1. Legitimación por activa

Como se anotó en líneas anteriores, las reglas exigidas por esta Corporación para el ejercicio de la agencia oficiosa no son aplicables cuando se actúa para defender los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

En el caso concreto, esta Sala encuentra que la Procuradora 21 Judicial II Familia de Familia, se encuentra legitimada para invocar la protección del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de las menores de edad a tener una familia y no ser separadas de ella, máxime, cuando está actuando en cumplimiento de un deber consagrado en el artículo 95 del Código de la Infancia y la Adolescencia, esto es, en defensa de los derechos humanos de la infancia.

5.1.2. Improcedencia de la acción de tutela frente al fallo adoptado en el proceso administrativo adelantado por el ICBF

5.1.2.1. Patricia, en defensa de los intereses de Andrea y Sol y en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, alegó la vulneración del derecho al debido proceso dentro del trámite administrativo de restablecimiento de derechos de las niñas, aduciendo (i) falta de notificación al Ministerio Público del fallo proferido dentro de la audiencia del 26 de agosto de 2011, en la cual se declararon a las menores de edad en situación de adoptabilidad; y (ii) omisión de la expedición de la resolución a la que se hace alusión en el artículo 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Respecto a la falta de notificación de la decisión, aclara que este hecho fue determinante para la lesión de los derechos de las niñas, pues debido a ello tampoco se enteró oportunamente del contenido de la sentencia de homologación proferida por el Juzgado de Familia.

5.1.2.2. Al respecto, observa la Sala que el amparo invocado por la peticionaria no procede frente a las irregularidades alegadas dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, pues la Procuradora no agotó los recursos legales ordinarios y extraordinarios con que contaba al interior del mismo, esto es:

(i) Existe evidencia de que la Defensora de Familia, Centro Zonal Villa María, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 95 del Código de la Infancia y la Adolescencia, puso en conocimiento de la accionante, el inicio del trámite administrativo de restablecimiento de derechos a favor de las niñas Sol y Andrea, cuyo caso había sido asumido en virtud de una denuncia anónima y luego de la verificación de los hechos relatados por parte del ICBF. Además, le comunicó que ante la ausencia de responsables, las niñas habían sido ubicadas en un hogar sustituto como medida provisional de restablecimiento de derechos y que la historia de atención estaría a su disposición en el despacho para lo pertinente (folio 21 de la carpeta de Sol, cuaderno principal).

(ii) Posteriormente, el ICBF siguió adelante con el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, lapso durante el cual Patricia guardó absoluto silencio. Al respecto, es importante destacar que durante el término de traslado establecido en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cuyo fin es que las personas interesadas o implicadas se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer, la accionante no intervino y tampoco desplegó ninguna actuación luego de proferido el fallo para determinar la medida de restablecimiento de derechos que se adoptaría a favor de las niñas. Aún más, el control de legalidad que ejerció el Juzgado de Familia frente a la actuación surtida en el ICBF, se realizó ante el recurso de reposición que presentó la progenitora de las niñas, no en virtud de solicitud alguna elevada por la Procuraduría (Cuaderno principal, expediente proceso administrativo de Sol).

(iii) Como la accionante no intervino durante el trámite administrativo y tampoco solicitó a la Defensora de Familia informes que dieran cuenta del trámite adelantado por su despacho, consecuentemente no tuvo conocimiento del trámite de homologación surtido por la Jueza de Familia de Villa María.

Por las razones expuestas, se evidencia que la accionante durante el trámite administrativo ante el ICBF no ejerció los recursos legales que tenía a su disposición para expresar su inconformidad frente a la forma en que se estaba adelantando el proceso, sino que luego de proferirse una decisión, la cual fue sometida a control de legalidad por el juez de familia, decidió interponer la acción de tutela, mecanismo que no puede constituirse en un instrumento jurídico alternativo para desplazar la competencia de los jueces naturales. En otras palabras, en este caso la tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de

subsidiariedad de la acción.

5.1.3. Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra la sentencia que homologó la declaración de adoptabilidad de las menores de edad

Ahora bien, frente a la decisión de homologación emitida por el Juez de Familia, la Sala observa que se hallan acreditados todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que ha establecido la jurisprudencia constitucional.

5.1.3.2. En segundo lugar, frente al agotamiento de los recursos legales ordinarios y extraordinarios, es importante advertir que de conformidad con el artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia, al Juez de Familia le corresponde decidir en única instancia, entre otros asuntos, sobre la homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. Por esta razón, la acción de tutela se presenta como el único medio para solicitar la protección de los derechos invocados, teniendo en cuenta que por tratarse de una cuestión que se decide en única instancia, contra dicha decisión no procede recurso alguno.

5.1.3.3. En tercer lugar, frente al principio de inmediatez, esta Sala advierte que entre la fecha en que fue proferido el fallo del juez de familia, 24 de febrero de 2012, y la presentación de la acción de amparo, 24 de mayo de 2012, transcurrió un tiempo razonable para invocar la protección de los derechos fundamentales de las menores de edad.

5.1.3.4. En cuarto lugar, la Procuradora identificó razonablemente los hechos que originaron la presentación de la acción de tutela y alegó los hechos materia de vulneración en la sentencia emitida por la Jueza de Familia de Villa María, esto es, la jueza de familia omitió la valoración de pruebas importantes que obraban en el plenario, las cuales demostraban la existencia de miembros de la familia extensa que estaban en condiciones de asumir el cuidado y crianza de las menores de edad.

5.1.3.5. Para terminar, la protección constitucional deprecada no está dirigida contra una sentencia de tutela, pues la acción se dirige contra la providencia del 24 de febrero de

2012 emitida por el Juzgado de Familia mediante la cual homologó la medida de declaración de adoptabilidad proferida en audiencia de fallo el 26 de agosto de 2011, por la Defensoría de Familia, Centro Zonal Villa María.

5.2. EXAMEN DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN

5.2.1 El Juzgado de Familia no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la preservación de la unidad familiar y a ser escuchadas de las niñas.

5.2.2.1. La Procuradora considera que la Jueza de Familia de Villa María, quien efectuó el control de legalidad de la medida de declaración de adoptabilidad proferida por el ICBF a favor de las niñas Sol y Andrea, desconoció pruebas importantes que acreditan la existencia de miembros de la familia extensa que podrían asumir su cuidado y protección, entre los que se encuentran su abuela materna y sus abuelos paternos; en otras palabras, alega la existencia de un defecto fáctico.

Agregado a lo anterior, la Procuradora asegura que el ICBF no quiere entregar las niñas a sus abuelos debido a su precaria situación económica. Al respecto realiza las siguientes afirmaciones:

“...A través del contenido del fallo de homologación, se conoce que el principal reparo que tiene el ICBF para entregar las niñas a la abuela materna, es su condición económica, la cual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en ningún caso puede dar lugar a la separación de los niños de su familia.

También están sus abuelos paternos José P. y Carmen, quienes hace 42 años conformaron su hogar, gozando de una buena convivencia y sólidos lazos afectivos y con quienes las niñas han compartido la mayor parte de su existencia; personas que a pesar de tener 62 y 60 años respectivamente, se encuentran en buenas condiciones de salud y se muestran con suficiente vitalidad para atender el cuidado de sus nietas.

Si bien el abuelo es una persona que sostiene su hogar con los ingresos provenientes del servicio de vigilancia que presta y de la venta de frutas en el tiempo restante; manifiesta que en su casa nunca falta la comida, así como el cuidado para sus nietas, toda vez que su señora Carmen se puede dedicar de tiempo completo a su cuidado y protección.

El que ellos residan en un sector socialmente vulnerable dada la presencia de consumo de spa, no puede ser causal que les impida obtener la custodia de sus nietas; por que vale la pena preguntar tanto al ICBF como al Juzgado: será que se puede garantizar algún lugar en Villa María exento de la presencia de tales sustancias?. Y en cuanto a que la vivienda está construida cerca a las márgenes del rio... debe el Estado, a través de dicha entidad, gestionar ante los demás organismos, para la reubicación de la familia...” (folio 11 del cuaderno principal, negrilla fuera del texto).

5.2.2.2. Por su parte, el Juzgado de Familia, con el fin de realizar la homologación de la medida de restablecimiento de derechos a favor de las menores de edad, procedió a verificar si en el trámite administrativo mediante el cual se decretó la adoptabilidad de las niñas, se respetó el derecho al debido proceso, como también si la medida de restablecimiento de derechos acogida era la más conveniente para realizar los derechos prevalentes de las menores de edad. En la sentencia judicial se expuso lo siguiente:

(i) “En el caso concreto, la Resolución de fecha 26 de agosto de 2011, fue expedida por la funcionaria competente, como lo es la Defensora de Familia del Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, funcionaria que fundamentó debidamente la decisión mediante la cual modificó la medida de protección de restablecimiento de derechos y declara en situación de adoptabilidad a las menores...” (folio 87 del cuaderno principal).

(ii) “Dicha determinación se le notificó personalmente a la señora ... madre de las menores, y a la señora ..., abuela de éstas. En cuanto al padre de las infantes, se encuentra en las diligencias que éste falleció durante el trámite administrativo del proceso de Adopción...” (folio 87 del cuaderno principal).

(iii) “En la Resolución que se declaró en situación de adoptabilidad a las menores (...) se dijo: ‘Después de hacerse un relato de todas las actuaciones tendientes al restablecimiento de sus derechos, los que se le han garantizado desde el ICBF, que pese a que se vislumbra ánimo por parte de la familia biológica para acoger a las menores en su seno materno, ésta no ha hecho nada por mejorar las condiciones habitacionales y de vida para brindar una estabilidad a las pequeñas, toda vez que de las intervenciones efectuadas con tal fin no se obtuvieron los resultados esperados, su situación jurídica debe resolverse favorablemente, buscando responder a las expectativas de vida que éstas requieren a futuro para su sano

desarrollo integral, lo que no es más que una familia que le prodigue los cuidados necesarios, que si bien no es la de origen, el Estado debe optar por garantizarla'..." (folios 87-88 del cuaderno principal).

(iv) "La Defensora de Familia del Instituto Nilo, expidió la resolución que declaró en estado de adoptabilidad a las menores ..., después de quedar demostrado que su progenitora no es persona apta para ejercer su cuidado, y que a nivel del seno familiar materno se recomendó como medios no propicios para reintegrarlas; además la señora [mamá] a pesar de haber asistido al proceso, no acató las recomendaciones dadas, ni asumió la responsabilidad de tener bajo su cuidado y custodia a sus menores hijas, siendo la abuela materna la única persona interesada en tener a las menores, lo que se vio frustrado en última instancia por problemas económicos y la falta de medios que garantizaran el adecuado cuidado, crianza y educación de las pequeñas..." (folio 88 del cuaderno principal).

(v) "El proceso administrativo se inicia a raíz de informe de la Policía de Infancia y Adolescencia, debido al estado de vulneración de derechos de las menores ..., conclusión a la que llega la Defensora de Familia, después de analizado el caudal probatorio recaudado, según las declaraciones, valoraciones psicológicas y visitas socio-familiares efectuadas a los medios familiares que rodean a las menores..." (folio 88 del cuaderno principal).

"Igualmente el señor [abuelo paterno] manifestó que se le entregaran a sus nietas, porque estaba dispuesto a cuidarlas, ordenándose así por el ICBF practicar visitas psicosociales al hogar de éste y del informe PARD se encontró que están ubicados en un sector socialmente vulnerable dada la presencia de consumo de spa, la vivienda está construida muy cerca del río ... no hay posibilidad de cuidado permanente para las menores, permanece en el hogar un amigo de la familia quien allí reside y ocupa la segunda habitación, hallando además condiciones económicas precarias aunado a la avanzada edad de los abuelos, todo ello permitió concluir que este medio familiar no daba las garantías ni condiciones necesarias para acoger a las menores dadas en adopción. || Es así como la Defensora de Familia basada en el informe de visita al hogar del Señor ... y las pruebas recopiladas resolvió no revocar la decisión por medio de la cual se decretó la adoptabilidad de las menores..."

Al respecto, la Sala observa que la adopción de la medida de restablecimiento de derechos, adoptabilidad, se basó en una valoración razonable de las pruebas que obraban en el expediente, especialmente de los estudios psicológicos y visitas sociales, las cuales muestran los siguientes datos:

5.2.2.3.1 En la visita domiciliaria realizada el 10 de mayo de 2011 a la red extensa familiar por línea materna, atendida por la señora la abuela materna y la tía materna de las niñas, se pudo establecer su interés para asumir el cuidado de las niñas, por lo cual, durante la visita se hizo énfasis en el nivel de responsabilidad que asumirían frente a la educación, alimentación, salud, buen trato y pautas de crianza, sin permitir la exposición a situaciones de riesgo. Frente a estas cuestiones las señoras afirmaron que se encontraban dispuestas a asumir dicha responsabilidad porque quieren a las niñas y consideran que con los padres no estarían bien.

Se establecieron compromisos en la familia para avanzar con el proceso, tales como (i) mejorar la distribución de la casa con el fin de tener espacios adecuados para las niñas, existiendo la opción de “dejar una habitación para las niñas y la abuela mientras los jóvenes serían ubicados en el pasillo donde armarían dos camas que en este momento tienen guardadas...”, (ii) mantener la casa en buenas condiciones de aseo e higiene, (iii) tener claridad sobre la responsabilidad que implica asumir el cuidado y la crianza de las niñas, (iv) realizar las gestiones pertinentes ante la Secretaría de Salud para acceder a los servicios de una EPS Subsidiada, y (v) tramitar el cupo escolar para las menores de edad.

Finalmente, se deja constancia de que “se encuentra como factor de vulnerabilidad las limitaciones económicas que son inestables y dependen de terceras personas...” (folios 23-26 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.2 En el informe Plan de Atención Integral -PLATIN-, dentro del parámetro de “Plan con el Grupo Familiar o Red Vincular” realizado por Bienestar Familiar, se estableció como uno de los objetivos “...empoderar a la familia y en especial a los progenitores ... frente a las responsabilidades de padres, al cuidado que requieren las hijas, al buen ejemplo, a la atención y garantía plena de los derechos, por lo tanto es importante hacer orientaciones... durante todo el PARD y así determinar la existencia de cambios favorables que propicien un

reintegro o la persistencia de factores de riesgo que ameriten otro tipo de medida para bienestar de las niñas”. Para alcanzar el anterior objetivo se trazaron como actividades: “Realizar atenciones e intervenciones a través de visitas domiciliarias y citas en el ICBF para orientar a la familia y tratar de generar cambios positivos en su estilo de vida, además de la necesidad en plantearse un proyecto de vida personal y familiar” (Folios 28-31 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.3 En la visita realizada el 7 de junio de 2011, se consignó “...Como factor de generatividad persiste el interés de la familia por tener nuevamente a las niñas en el hogar, los aparentes cambio en el estilo de vida de la progenitora priorizando en su vida a las hijas, mas aun luego del fallecimiento de su esposo, notándose afectada emocionalmente y cercana a su familia materna, sin embargo es importante que tenga proyectos en la vida, que elimine radicalmente cualquier tipo de conductas negativas que pudiera tener, así como el consumo de SPA ayudándose con un proceso de rehabilitación; es preocupante la inestabilidad económica de la familia por lo tanto se enfatiza en la necesidad de que estén siempre atentas a cualquier posibilidad laboral... La familia queda pendiente de generar cambios a nivel habitacional, de hacer la gestión en la secretaria de salud para tener asignación de EPS Subsidiado para quienes aun no lo tienen, cupo escolar para las niñas ... puesto que a la fecha no se evidencian avances en este sentido...” (folios 34-35 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal).

5.2.2.3.4 En el informe psicológico PARD del 14 de junio de 2011, practicado a la abuela materna de las menores de edad, se consignó que “...existe un interés y motivación de la señora ...para asumir el cuidado de sus nietas, con apoyo al parecer de sus hermanos, padres y familia extensa de parte del padre, en especial del señor Ricaurte, sin embargo es necesario conocer a mayor profundidad las pautas de crianza, manejo de autoridad y límites que se han implementado por parte de la señora Blanca dado que es en este núcleo familiar donde posiblemente podrían permanecer las niñas.

RECOMENDACIONES

Se programa cita de intervención al grupo familiar conformado por la señora ... con el objetivo de evaluar dinámica y las relaciones al interior del grupo...” (Folios 38-40 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.5 En el informe psicológico PARD del 13 de julio de 2011 "...al entablar dialogo con la señora [abuela materna] y realizar reflexiones sobre las condiciones actuales para hacerse cargo de sus nietas comenta que es consiente (sic) de las dificultades para solventar los gastos de las niñas, expresando vivir de lo que le dan su madre y del trabajo (en arreglo de casas en especial de su hermana Angie...funcionaria de la Fiscalía General de la Nación... destacando la posibilidad de no hacerse cargo de las mismas y estar de acuerdo con la posibilidad de que se puedan ir en adoptabilidad, agregando sentir dudas al seguir asistiendo a las citas programadas desde el área dado que no ha observado interés de sus hija de mejorara (sic) en su proyecto de vida y expresa sentirse comprometida y sola en la gestión de tener la custodia de las niñas...

Durante la intervención se dialoga con la señora ... sobre la responsabilidad y obligaciones adquiridas en caso de hacerse cargo de la custodia provisional de sus nietas, para lo cual expreso sentirse insegura y desmotivada dada la poca red de apoyo con la que contaría y sintiendo temor ante la despreocupación y conductas de agresividad (escándalos de su hija) en caso de oponerse a las vistas del contacto de la misma con las niñas, situación que ha empezado a reflexionar en miras de no continuar con el proceso de reintegro de las niñas a su medio familiar.

Con respecto a los postulados anteriormente descritos se establece la importancia de garantizar a las niñas protección y bienestar en su desarrollo vital, dado que es primordial garantizar sus derechos y el cubrimiento de sus necesidades básicas y es en este sentido en que debe dirigir el proceso de restablecimiento de derechos llevado a cabo por el despacho de esta Defensoría de Familia..." (Folios 49-51 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.6 Obra dentro del plenario la declaración de la tía abuela de las niñas, dentro del proceso de seguimiento a su núcleo familiar por línea materna, quien sostuvo: "la situación de ellos es muy complicada, hay demasiada gente en esa casa, ahora cuando el sr. Falleció ella permanece donde mi hermana en unas condiciones deplorables, es decir, borracha y consumiendo SPA, además trata muy mal a mi hermana (abuela de las niñas), me imagino que con las niñas va a ser peor, porque mi hermana no tiene autoridad para criar hijos. Por eso tome la determinación de venir a contar la situación actual, además económica...Toda la situación de esa casa mi hermana la ha ocultado porque le da miedo de [mamá de las

niñas], debido a su agresividad con todas las personas..." (Folio 52 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.7 En la visita social del 19 de julio de 2011, realizada en el lugar donde reside la abuela materna de las niñas, se observó "...la vivienda en estado aceptable de orden e higiene, los espacios se siguen ocupando de la misma manera que en meses anteriores, es así como una de las habitaciones es destinada para la señora Alba con su esposo y dos hijos, mientras la otra habitación con dos camas se acomoda el resto de la familia... Es evidente el hacinamiento en el hogar y aunque se ha orientado para que traten de aprovechar mejor los espacios, no se evidencian cambios...

La familia siguen con la firme decisión de acoger a las niñas y expresan quererlas mucho, pero no se vislumbran cambios significados necesarios para garantizarles una buena estabilidad, se observa ausencia de cumplimiento en los compromisos adquiridos en las intervenciones anteriores, [mamá de las niñas] no se ha interesado por un proceso de rehabilitación persisten las limitaciones económica de la familia, sin generar ingresos propios suficientes para satisfacer las necesidades básicas, los avances en la redistribución de los espacios aun no se da, es así como no existe un lugar cómodo para las niñas, tampoco han solicitado la asignación de EPS Subsidiado para quienes aun no lo tienen, ni el cupo escolar para las niñas Sol y Andrea, por lo tanto se vuelven a plantear estos puntos como necesarios dentro del PARD..." (Folios 53-56 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.8 En el informe social del 9 de agosto de 2011, nuevamente se realizó visita a la abuela materna, lapso en el cual, además de otros factores "...se les indaga por el cuidado de las niñas en la casa refieren que buscarían a alguien o si no [mamá de las niñas] tendría que colaborar con ello, inmediatamente se le dice que ella mientras no se estabilice y no se rehabilite tendría que mantener una relación no tan cercana con las niñas, por lo tanto deberían buscar un adulto responsable y confiable...

OBSERVACIONES...

No se evidencia ningún tipo de avance respecto a la calidad de vida de la familia, tampoco muestran cumplimiento de los compromisos adquiridos desde meses atrás, sin embargo refieren querer mucho a las niñas y esperar a que sean entregadas a la familia, frente a ello

se hace reflexión con la familia acerca de la importancia en adquirir un estilo de vida donde [las niñas] satisfagan sus necesidades básicas sin correr ningún tipo de riesgo y no sean expuestas a ambientes hostiles, ni reciban mal ejemplo.

La familia todo el tiempo manifestó interés en las niñas pero existe negligencia para procurar una mejoría en el hogar siendo así que Karen no se rehabilita y en el hogar no tienen ninguna exigencia con ella en este sentido, aun no se evidencian espacios físicos para la permanencia de las niñas y aun no solicitan la asignación de EPS Subsidiado para quienes aun no lo tienen, finalmente afirman que las niñas tienen el cupo escolar en la escuela del sector pero no enseñan certificado que lo ratifique...” (Folios 61-64 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.9 El 16 de septiembre de 2011, la Defensoría de Familia del Centro Zonal Villa María tomó la siguiente determinación:

“...Teniendo en cuenta, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar fue instituido para fortalecer los lazos familiares y procurar que los niños no sean separados sus familias, se realizaron las gestiones tendientes a fortalecer el grupo familiar en intervenciones psicosociales que concluyeron en desfavorables para la ubicación de las niñas en el medio familiar de su abuela materna, debido a las condiciones de toda índole que rodean este hogar, además en la progenitora no se vislumbra un proyecto de vida claro para ejercer asertivamente su rol, lo que no garantiza el bienestar de sus hijas, existiendo factores de vulnerabilidad que no han sido superados pese al tiempo de permanencia de las niñas ... bajo medida en el ICBF...

Una vez notificado el fallo por medio del cual las niñas se declaran en situación de adoptabilidad, se allega recurso refiriendo redes extensas que podrían asumir el cuidado de las hermanas

el Despacho en aras de tomar decisiones basadas en el interés superior de las niñas con sujeción al debido proceso, con el fin de verificar no solo las condiciones del medio familiar, sino también la real disponibilidad y compromiso de la familia para con éstas:

RESUELVE...

Ordenar la intervención pertinente del grupo familiar del señor José, abuelo paterno de las niñas ..." (Folios 95-96 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.10 En la visita social realizada el 20 de septiembre de 2011 al abuelo paterno de las menores de edad, se evidenció que "...En la familia se vislumbran factores de vulnerabilidad, apreciándose a los abuelos paternos de las niñas con límites en sus condiciones de vida puesto que los ingresos son limitados para satisfacer las necesidades básicas actuales, lo cual podría generar aun más dificultades al tener a Andrea y Sol bajo su responsabilidad, adicionalmente no se vislumbra espacios adecuados para la permanencia y comodidad de ellas en la casa, sin observarse proyectos de vida definidos; tanto al señor José como la señora Carmen tienen ocupaciones laborales lo cual dificultaría el cuidado y acompañamiento adecuado para las niñas quienes requieren de apoyo para el aprendizaje académico y pautas de crianza adecuadas en beneficio a su formación personal, sumado a ello los antecedentes de consumo de SPA y presunto comportamiento social inadecuado del progenitor de las niñas quien fue víctima de homicidio igual que los otros dos hijos del señor José y Carmen dejan en consideración los patrones o modelos de crianza que se desarrollen en este ambiente familiar, puesto que los abuelos niegan que sus hijos hayan tenido comportamientos negativos..." (Folio 104 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.11 En el informe psicológico PARD de fecha 12 de octubre de 2011, se encontró que:

"Al indagar sobre el motivo por el cual se encuentran solicitando la custodia de sus nietas refieren que siempre han velado por las mismas y han sido las personas encargadas de las mismas, sin embargo al indagar sobre la educación de las niñas los abuelos no tuvieron claridad y aceptaron finalmente que la edad tan avanzada y el atraso a nivel escolar de las mismas se debió al descuido de los padres y no de parte de ellos, condición que no deja claro el papel de protección que hasta hace unos meses tuvieron los solicitantes..."

En cuanto a la relación con la señora Karen (progenitora de las niñas) refieren que es buena, aludiendo sentir pesar y tristeza por el bajo estado de ánimo de la señora al no tener a sus hijas al lado suyo, sin embargo al cuestionar sobre los límites y las puestas en común

que tendrían que establecer con la progenitora de las niñas en caso en que les sea reintegradas las mismas, no se observó claridad en el manejo y en la posición de protección que deben mantener en beneficio de las niñas vislumbrándose permisividad ante posibles conductas disfuncionales en el futuro por parte de la progenitora...

por parte de los solicitantes, abuelos paternos, no existe una claridad en el proyecto de vida integral que les puedan ofrecer a sus nietas, existiendo déficit en manejo en pautas de crianza, comunicación, resolución de conflictos, justificación de conductas disfuncionales (como la violencia y la agresión intrafamiliar) y de situaciones en las que se presente negligencia como son la desescolarización de las niñas lo que puede ser puntos críticos al interior de esta dinámica familiar.

Se resalta durante la intervención la dificultad en la recepción de las reflexiones suministradas desde el área, dada la posición reiterativa de los abuelos de tener a sus hijas independientemente de la retroalimentación de las dificultades que durante la misma se les plantearon..." (Folios 108- 111 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

5.2.2.3.12 Realizado el recuento anterior, se concluye que sí se valoró la existencia de una red extensa familiar de las niñas, esto es, contrario a lo expuesto por la Procuradora de Familia, no se presentó ausencia de valoración probatoria. Tampoco es cierto que no se hubiera indagado sobre las personas que hubiesen podido asumir el cuidado y protección de las niñas, específicamente a su abuela materna y a sus abuelos paternos; pues, estas personas participaron en el proceso y fueron evaluadas por los equipos interdisciplinarios del ICBF.

Cabe resaltar el informe psicológico PARD del 13 de julio de 2011 practicado a la abuela materna de las niñas, en el cual exteriorizó su preocupación sobre cómo solventar los gastos de sus nietas, reflexionando acerca de la posibilidad de no hacerse cargo de ellas. Agregó en dicha oportunidad, que no observaba interés de su hija en construir su proyecto de vida, y que sentía temor por sus conductas agresivas ante la posibilidad de oponerse para que tuviera contacto con las niñas. Por tanto, contó, se sentía sola en la responsabilidad que implicaba asumir la custodia de las menores de edad.

Por otro lado, existe material probatorio que da cuenta de que en el hogar por línea

materna existía hacinamiento, incumplimiento en los compromisos adquiridos durante las sesiones, omisión de la progenitora en iniciar un proceso de rehabilitación, y la ausencia de prueba de que la familia hubiese solicitado un cupo escolar para las niñas. También, se evidenció la ausencia del establecimiento de límites claros frente a la relación de las menores de edad con su progenitora.

En cuanto a la intervención del núcleo familiar por línea paterna, el Juzgado de Familia accionado valoró los informes de seguimiento a dicho hogar, de los cuales pudo vislumbrarse lo siguiente: (i) ingresos limitados para la satisfacción de las necesidades básicas actuales; (ii) ausencia de espacios adecuados para la permanencia de las niñas; (iii) inexistencia de proyectos de vida definidos; (iv) dificultades en la disponibilidad de tiempo para cuidar y acompañar a las niñas; (v) ausencia de pautas de crianza en beneficio de la formación personal; (vi) antecedentes de consumo de SPA en el ambiente familiar, y patrones o modelos de crianza desarrollados con sus hijos, frente a los cuales no identifican un comportamiento negativo.

Agregado a lo anterior, los abuelos no explicaron el atraso en el nivel escolar de sus nietas, a pesar de que insistieron en que solicitaban la custodia porque eran las personas que siempre se habían encargado de su cuidado. A la vez, frente a la mamá de las niñas, el ICBF advirtió ausencia de claridad en el manejo y en la posición de protección que deben mantener en beneficio de las menores de edad.

En definitiva, se encuentra acreditado que si no procedió la ubicación de las niñas junto a los miembros de su familia biológica como la abuela materna o los abuelos paternos, no se dio en razón a la ausencia de recursos económicos o a que la casa de su abuelo se encuentre construida en un sector vulnerable de la ciudad de Villa María, sino en virtud de un análisis detallado de todos los elementos probatorios obrantes en el proceso administrativo. Por tanto, las afirmaciones de la accionante carecen de sustento, máxime cuando el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que la medida allí contenida es procedente, siempre y cuando la red familiar ofrezca las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos, lo cual, se reitera, no se observó por parte del Juzgado que resolvió sobre la homologación de la medida de protección de adoptabilidad.

5.2.2.4 Es importante resaltar que el presente caso es diferente del analizado en sentencia

T-844 de 2011 proferida por esta misma Sala de Revisión. En dicha oportunidad, se abordó el estudio de una joven que, a la edad de los 9 años fue declarada en situación de abandono bajo las normas del Código del Menor que rigió hasta 2007. Ante ese hecho fue dada en adopción pero su proceso de adaptación a su nueva familia no pudo concretarse porque la niña siempre hacía referencia a su familia biológica y manifestaba su deseo de volver a su núcleo familiar, lo que originó que su madre adoptiva la reintegrara al ICBF con el fin de restablecer los lazos familiares que según la información suministrada por el ICBF no existían.

Como se observa, mientras que en el caso brevemente reseñado, el ICBF no intervino la red extensa familiar para asegurar el derecho fundamental de la joven a tener una familia y no ser separada de ella, en el caso objeto de estudio, la Defensora de Familia realizó estudios psicológicos y visitas sociales a las personas que conformaban el núcleo familiar extenso tanto por línea materna como paterna para garantizarle a las niñas su derecho a permanecer, preferiblemente, junto a su familia biológica. No obstante, después de realizar las valoraciones pertinentes concluyó que su núcleo familiar no garantizaba la realización efectiva de los derechos fundamentales de las niñas y con base en el principio de la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años, determinó que la medida que restablecía sus derechos era la declaratoria de adoptabilidad.

5.2.2.5 Con respecto al derecho a ser escuchadas dentro del proceso administrativo, obran valoraciones psicológicas practicadas a las niñas dentro de las cuales tuvieron la oportunidad de expresar su opinión frente a la posibilidad de ser adoptadas. Al respecto, se transcriben apartes de algunos informes psicológicos:

“...4 de mayo de 2012...

Durante la entrevista la niña se (sic) mostrado estable emocionalmente, expone que tiene un vínculo muy fuerte con sus abuelos, señalando que ‘me quiero ir con mis abuelitos José y marleni, porque ellos fueron los que me criaron...si a nosotros nos entregan a mis abuelos mi mama va y nos quita, porque mi mama lo hacia cuando peliaba con mi papa, nos sacaba a las diez de la noche y nos llevaba para malaga’, más adelante en la entrevista e indagarle sobre lo observado en el seguimiento anterior frente a s (sic) motivación para la adopción señalan ‘me iria en adopción, aunque me gustaría estar con mis abuelos’, al

indagar sobre las razones del llanto señala 'mis abuelos me hacen mucha falta'...

3 de julio de 2012...

En la entrevista con la madre sustituta se indago frente a la respuesta de Sol a la posibilidad del reintegro en medio familiar que se tocó en la sesión anterior, señalando que la niña le han planteado: 'que ella quería irse en adopción, porque ella no quería ver a la mama, porque si ella se iba para allá sabía que siempre la mama iba a estar al lado de ellas...Que la mama fuma vicio y que se insultaban mutuamente'...Al entrevistar a la niña señala frente al mismo tema...'si ustedes nos entregan a mis abuelitos, mi mama va donde mis abuelitos y nos quitan...'. (Folio 143 y 147 carpeta Sol dentro del proceso administrativo adelantado por el ICBF, cuaderno principal)

Es importante destacar lo expresado por la niña Sol, en el sentido de que eran sus abuelos paternos quienes las cuidaban y se encargaban de su alimentación, contrario a lo manifestado frente a su madre cuando afirma que no las quería y, las maltrataba. Acerca de la posibilidad de retornar al núcleo familiar paterno, afirmó: "...Yo quiero vivir con mis abuelitos...".

En este mismo sentido, la niña Andrea mostró su interés de estar junto a sus abuelos paternos: "Yo quiero vivir con mis abuelitos José y Carmen, porque me da pesar de ellos, porque ellos están luchando por nosotras, en las visitas nos decían, que querían que nos entregaran a ellos, que nos iban a dar todo y que nos iban a dar juguetes y un televisor; a pesar de que en Bienestar Familiar nos han tratado muy bien yo quiero vivir con mis abuelos...

Quiero que me ayuden con los abuelitos, a irnos para allá y nada más. Yo quiero mucho a mis abuelitos y me gustaría irme a vivir con ellos..."

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala evidencia la existencia de un fuerte lazo afectivo entre las niñas y sus abuelos paternos. Es así, como las menores de edad son enfáticas al afirmar que eran sus abuelos quienes las cuidaban y se encargaban de su alimentación. No obstante, al realizar la valoración de las expresiones emitidas durante el proceso administrativo, en contraste con las entrevistas allegadas en sede de revisión es claro que Sol y Andrea, aunque conservan un vínculo de afecto con sus abuelos paternos, tienen

claridad acerca de las consecuencias que implica su regreso al hogar de los abuelos por línea materna, asegurando que si se ubican junto a ellos, su madre va a estar a su lado y puede retirarlas de dicho espacio en cualquier oportunidad.

Agregado a lo anterior, en las últimas declaraciones, reiteran el sentimiento de afecto hacia sus abuelos paternos, y Andrea suma a este vínculo el hecho de sentir pesar por ellos ante todo el esfuerzo que han desplegado para asumir su cuidado y crianza, sin embargo, resalta el buen trato y la sensación de bienestar que ha experimentado durante su permanencia en el ICBF.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a esta Sala realizar la valoración de las opiniones emitidas por Sol y Andrea a la luz del principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, lo cual implica optar por aquella medida que mejor: (i) garantice su desarrollo integral; (ii) realice todos sus derechos fundamentales; y (iii) las resguarde de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico, los cuales no sólo se agotan en los enunciados en la ley sino en los que se desprendan del análisis particular.

En este orden de ideas, según informes del ICBF, el núcleo familiar por línea paterna no podría satisfacer los requerimientos de las niñas en cuanto a la garantía de su desarrollo integral ni la realización efectiva de todos sus derechos fundamentales, en razón, principalmente, a que se encuentran expuestas a un factor de riesgo que deviene de la conducta de su madre, quien ingiere licor y también es consumidora de sustancias psicoactivas. Esta conducta a la luz de lo establecido en el artículo 20-3 del Código de la Infancia y la Adolescencia[61], es riesgosa y merece una medida de protección a favor de la población menor de 18 años.

En este sentido, según se desprende de las pruebas obrantes en el plenario, los señores José y Marlene no tienen claros los límites que deben imponer en la relación de sus nietas con su progenitora, lo cual devendría, como se expone en el análisis del ICBF, en la aceptación de conductas disfuncionales frente a las niñas, de las cuales precisamente deben ser protegidas. También, se evidenció que a pesar de la orientación brindada a la familia para tratar de generar cambios positivos en su estilo de vida y la concientización acerca de la necesidad de plantearse un proyecto de vida personal y familiar, ello no se

concretó durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Por consiguiente, en aplicación del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se concluye que la conservación de la decisión de declarar en situación de adoptabilidad a las menores de edad, satisface en mayor grado su desarrollo integral y la garantía de todos sus derechos fundamentales.

5.2.2.6 Al verificar los argumentos expuestos por la accionante, encuentra la Sala que (i) la medida de ubicación de las niñas en su familia de origen sí fue objeto de análisis, y (ii) la decisión de no ubicarlas con la familia extensa no estuvo determinada por la situación económica de los abuelos ni tampoco por la ubicación de la vivienda de los abuelos paternos en un sector vulnerable al consumo de SPA, sino en las pruebas obrantes en el proceso surtido ante el ICBF, las cuales evidenciaron que aunque la familia biológica tiene disposición para acoger a las niñas, no se encuentra en condiciones de garantizar las expectativas de vida de las niñas ni su desarrollo integral.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo colombiano y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por esta Sala de Revisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el seis (06) de julio de dos mil doce (2012) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó a su vez la Sentencia del seis (6) de junio de dos mil doce (2012) de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villa María, en el sentido de NEGAR la tutela invocada por Patricia, en su nombre y representando a las menores de edad Andrea y Sol, contra el Juzgado de Familia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por la Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, en tanto medida de protección, ha sido adoptada -entre otras- en las siguientes sentencias: T-523 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-442 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-420 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-1390 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); y T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[2] Durante el tiempo en el cual se llevó adelante el proceso de restablecimiento de derechos de las niñas Soly Andrea, fueron autorizadas visitas a las niñas por parte de su progenitora y abuela materna.

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-995 del 10 de octubre de 2008. MP. Mauricio González Cuervo.

[4] Ídem.

[5] Esta posición ha sido reiterada por la Corte Constitucional en varios fallos. Al respecto,

pueden consultarse las sentencias T-120 de 2009, T-084 y T-197 de 2011.

[6] Corte Constitucional. Sentencia T-197 del 23 de marzo de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[7] Corte Constitucional, sentencia T-231 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[8] Sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas.

[9] Corte Constitucional, sentencia T-774 del 13 de agosto de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“[10] Sentencia 173/93.”

“[11] Sentencia T-504/00.”

“[12] Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05”

“[13] Sentencias T-008/98 y SU-159/2000”

“[14] Sentencia T-658-98”

“[15] Sentencias T-088-99 y SU-1219-01”

[16] Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

“[17] Sentencia T-522/01”

“[18] Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.”

[19] Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[20] Sentencia T-555 del 19 de agosto de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.

“[21] Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de

1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.”

[22] Corte Constitucional, sentencia de tutela T-069 del 31 de enero de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

“[23] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-347/96 MP. Julio César Ortiz. En el mismo sentido ver la Sentencia T-416/01 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.”

[24] Ver, entre otras, las Sentencias: T-814 del 19 de octubre de 1999. MP. Antonio Barrera Carbonell, T-450 del 04 de mayo de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-159 del 05 de marzo de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 del 05 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett, T-1065 del 07 de diciembre de 2006. MP. Humberto Sierra Porto y T-458 del 07 de junio de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis.

[25] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T- 1065 del 07 de diciembre de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

[26] *Ibidem*. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

[27] Sentencia T-239 del 30 de mayo de 1996. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[29] *Ibidem*. Sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“[30] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1143 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.”

[31] Corte Constitucional, sentencia T-1045 del 24 de octubre de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“[32] Sentencia C-069 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.”

“[33] Sentencia C-600 de 1998, M..P. José Gregorio Hernández.”

“[34] Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, Sentencia C-600 de 1998.”

“[35] Sentencia C-600 de 1998, M..P. José Gregorio Hernández. ‘En el caso presente, la norma general –de rango constitucional- es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios (...) Siendo entonces que todo el soporte de la eficacia del ordenamiento jurídico radica en el principio de obligatoriedad del mismo, los casos excepcionales en los cuales los particulares o las autoridades pueden inaplicar las normas o las disposiciones de las autoridades, no pueden ser deducidos analógicamente.’”

“[36] Sentencia T-556 del 6 de octubre 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.”

[37] Corte Constitucional, sentencia T-808 del 1 de octubre de 2007. M.P. (E) Catalina Botero Marino.

[38] Corte Constitucional. Sentencia T-671 del 31 de agosto de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] Ídem.

[40] Sentencia T-887 del 01 de diciembre de 2009. MP. Mauricio González Cuervo. En esta providencia la Corte hizo referencia a la Sentencia T-587 de 1998, en la que le correspondió a la Corte Constitucional establecer si el ICBF había desconocido los derechos fundamentales de una niña a tener una familia, al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tenía una edad menor y ello podría generar traumatismos. En una sentencia reciente, la Corte Constitucional abordó el estudio de un caso similar al que se encuentra bajo examen de la sala Quinta en la presente oportunidad. Igualmente, citó la sentencia C-572 de 2009 en la que la Corporación efectuó una juiciosa aproximación al concepto de familia. En uno de los apartes del fallo sostuvo sobre el particular: “El punto de partida clásico de la noción de familia es aquel según el cual aquélla se origina en el matrimonio. De igual manera, este término incluye el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a cargo, la relación de hombre y mujer sin descendencia. Igualmente, abarca los lazos familiares derivados de la adopción. Este es el concepto que se toma en consideración en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal

de Derechos Humanos (art. 16.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

[41] Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[42] “(...) los niños tienen derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible (...)”

[43] “(...) los niños no serán separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medien circunstancias que justifiquen tal curso de acción como medio para satisfacer el interés superior de los niños (...)”

[44] “(...) cuando sea posible, los niños tienen derecho a crecer bajo el cuidado y la responsabilidad de sus propios padres (...) los niños de temprana edad no podrán ser separados de sus madres, salvo que medien circunstancias excepcionales (...)”

[45] Aprobado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996 y declarado exequible mediante Sentencia C-383 del 22 de agosto de 1996. MP. Antonio Barrera Carbonell.

[46] “(...) Cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en la familia de origen (...)”

[47] Adoptado por Colombia mediante Ley 74 de 1968.

[48] “(...) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...)”

[49] Corte Constitucional. Sentencia SU-225 del 20 de mayo de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[50] Sentencia T-887 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

[51] Ídem.

[52] Corte Constitucional. Sentencia T-587 del 20 de octubre de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[53] Corte Constitucional. Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[54] Corte Constitucional. Sentencia T-671 del 31 de agosto de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[55] Corte Constitucional. Sentencia C-853 del 25 de noviembre de 2009. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[56] Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003. MP. Jaime Araújo Rentería.

[57] Corte Constitucional. Sentencia T-466 del 09 de junio de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[58] Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003. MP. Jaime Araújo Rentería.

[59] Corte Constitucional. Sentencia T-502 del 30 de junio de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[60] En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...) en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los

derechos del niño.

[61] Artículo 20. Derechos de protección. Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

“...3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas...”