

Sentencia T-1042/10

ACCION DE TUTELA CONTRA EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Caso en que se alega vulneración al debido proceso por declarar en situación de adoptabilidad a menores de edad sin tener en cuenta la condición de desplazado del padre

ACCION DE TUTELA-Carácter residual y subsidiario. Existencia de un medio de defensa judicial

DERECHOS DE LA POBLACION DESPLAZADA-Vulnerabilidad extrema

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Protección constitucional

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-No vulneración por cuanto la condición de desplazado del accionante no tiene por sí sola la identidad suficiente para poder variar la decisión adoptada en proceso de restablecimiento de derechos de menores

La Corte concluye que la actuación desplegada por la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, garantizó el debido proceso del señor Pedro, padre de los niños Antonio, Alejandro y Camila y cuya condición de desplazado fue advertida por el Personero Municipal de Zipaquirá, quien funge como accionante en la tutela de referencia. Para la Sala, la condición de desplazado no tiene por sí sola la identidad suficiente para poder variar la decisión adoptada en el proceso de restablecimiento de derechos que se promovió en favor de los mencionados niños. Recuérdese que si bien el interés superior del niño, niña y adolescente permite armonizar sus derechos con los de otras personas, particularmente, los derechos de sus padres biológicos o los de crianza, en caso de presentarse un conflicto, la solución deberá ser la que satisfaga de una mejor manera el interés superior del niño, niña o adolescente.

Referencia: expediente T-2.761.573

Acción de tutela instaurada por el Personero Municipal de Zipaquirá, en nombre de los niños Antonio, Alejandro y Camila, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo adoptado por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 14 de julio de 2010, mediante el cual se confirmó el fallo dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, el 27 de mayo de 2010, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por el Personero Municipal de Zipaquirá, en nombre de los niños Antonio, Alejandro y Camila, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El presente expediente fue escogido para revisión mediante Auto del veinticinco (25) de agosto de 2010, proferido por la Sala de Selección número ocho (8) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Anotación preliminar

Como medida de protección de la intimidad de los niños involucrados en este proceso, la Sala ha decidido suprimir de la providencia sus nombres verdaderos y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. 1

2. La solicitud

El 12 de mayo de 2010, el Personero Municipal de Zipaquirá, formuló en nombre de los niños Antonio, Alejandro y Camila, acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por una presunta violación del derecho fundamental al debido proceso y a tener una familia y no ser separado de ella, en la que considera incurrió la entidad demandada al

proferir la declaratoria de adoptabilidad de los mencionados niños.

3. Hechos relevantes

Los hechos relatados por el Personero Municipal de Zipaquirá son los siguientes:

-El 22 de febrero de 2009, se inició en el municipio de Tocancipá, un proceso de restablecimiento de derechos en favor de los citados niños como consecuencia de un pleito que surgió entre sus padres.

Ese mismo día los niños fueron retirados del hogar y entregados a un hogar sustituto por parte de la Comisaria de Familia.

-La Comisaria de Familia de Tocancipá, mediante Auto N° 005 del 23 de febrero de 2009, decidió abrir el proceso de restablecimiento de derechos en favor de los mencionados niños por violencia intrafamiliar.

-La Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF en audiencia del 19 de marzo de 2010 de manera extemporánea declaró a los niños en situación de adoptabilidad.

-El padre de los niños, señor Pedro, mediante apoderado, interpuso recurso de reposición contra dicha decisión, el cual fue negado.

-El 11 de mayo de 2010, el señor Pedro, como medida desesperada decide encadenarse frente a las instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Sede Zipaquirá.

-La Personería Municipal de Zipaquirá se hace presente en las mencionadas instalaciones del ICBF para mediar por el bienestar del señor Pedro, quien manifestó que es desplazado por la violencia del municipio de Garzón (Huila) desde inicios del año 2009.

-La Personería Municipal de Zipaquirá verificó con Acción Social el registro del señor Pedro y de su núcleo familiar donde consta que está inscrito en el RUPD desde el 21 de febrero de 2009, pues fue víctima del desplazamiento forzado de un grupo al margen de la ley, que le exigía que inculcara en sus hijos ideologías en las que este grupo se fundamenta, incluso le advierten que él podía prestar servicio al grupo al margen de la ley.

-Igualmente la personería indagó los antecedentes del señor Pedro con la Policía Nacional

verificando que no registra antecedente penal.

-El señor Pedro le manifestó a la Personería Municipal de Zipaquirá “que se siente discriminado por su condición de desplazamiento, que incluso hay firmas que no corresponde a la de él, y que dicha condición de desplazamiento no se le tuvo en cuenta en el proceso y ni siquiera se verificó tal situación.”

4. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, mediante auto del 13 de mayo de 2010, admitió la demanda y corrió traslado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Zipaquirá, para que se pronunciara sobre los hechos que motivaron la presente acción.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, en síntesis señaló:

-De acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 2388 de 1979 reglamentario de la Ley 7 de 1979, las actividades que realicen las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con el fin de prestar el servicio público de bienestar familiar, deberán cumplirse con estricta sujeción a las normas del servicio y a los reglamentos dictados por el ICBF.

-La Ley 1098 de 2006 establece, en el párrafo único del artículo 11, que: “[e]l instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas.”

-Mediante Resolución N° 091 de mayo de 2007, modificada por las resoluciones Nos 4104 de septiembre 28 y 3154 de agosto 14 de 2009, el ICBF implementó el lineamiento técnico a seguirse en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, para la realización

de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia.

-El restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el conjunto de actuaciones administrativas que la autoridad competente debe desarrollar para la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos, y de su capacidad para disfrutar efectivamente de los derechos que le han sido vulnerados, deben desarrollarse dentro del contexto de la protección integral y los principios de prevalencia, interés superior, perspectiva de género, exigibilidad de derechos, enfoque diferencial y corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

-Cuando un niño, niña o adolescente se encuentre en situación de inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos deberá ser conducido sin excepción y de manera inmediata ante la Policía, Defensoría de Familia, Inspector de Policía, Personería Municipal o Distrital, y Autoridades tradicionales indígenas, afrocolombianas, raizales o rom, según el caso. Dichas autoridades tienen el deber de asegurar que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, garantice el acceso de los niños, niñas y adolescentes a los servicios sociales.

-En desarrollo del presente lineamiento es que la Comisaria de Familia de Tocancipá, conoce de la denuncia de violencia intrafamiliar que se venía presentando por parte de los señores Pedro y Marina, quienes son trasladados por la Policía al Comando y los niños Antonio, Alejandro y Camila fueron entregados a dicha Comisaria con el fin de ser protegidos.

-La Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá después de sintetizar toda la actuación administrativa que se promovió en favor de los niños Antonio, Alejandro y Camila tanto en la Comisaria de Familia de Tocancipá como en dicho centro zonal, concluyó que ésta se realizó conforme a los lineamientos técnicos y a lo consagrado en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, razón por la cual, no se puede predicar la violación del derecho al debido proceso ya que se agotaron todas las etapas del procedimiento y el señor Pedro hizo uso de su derecho de defensa a través de apoderado. Advierte que el proceso actualmente se encuentra en el trámite de homologación ante el Juzgado Primero de Familia de la localidad.

-En torno a la presunta vulneración del derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, precisó que desde el momento en que los niños ingresaron con medida de protección ante la Comisaria de Familia de Tocancipá se adelantó un exhaustivo trabajo con

el núcleo familiar con el fin de permitir que los niños retornaran nuevamente al mismo en pro del interés superior que les asiste y porque es la familia de origen la primera llamada para garantizar, de manera integral, los derechos de los niños.

-Como consecuencia del surgimiento de nuevos hechos que se reflejan en el informe presentado por la profesional de trabajo social, la Comisaria de Familia de Tocancipá, procedió a modificar la medida de restablecimiento de derechos adoptada inicialmente y consideró que lo más conveniente para los niños era la medida de adoptabilidad, razón por la cual remitió el expediente a la Defensoría de Familia del Centro Zonal Zipaquirá para que se diera cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006.

-Para esta Defensoría de Familia, en el presente caso se configuró la excepción legal al derecho a tener una familia y no ser separado de ella, dada la conducta de los padres biológicos de los niños, al no tener interés por deslindarse de las pésimas costumbres y proporcionar unas condiciones sociales, económicas y culturales adecuadas que les permitiera ser garantistas de los derechos fundamentales de los niños Antonio, Alejandro y Camila, pues a pesar de haberseles brindado la oportunidad de tenerlos a su lado, sus comportamientos reiterativos repercutieron en la violación de sus derechos fundamentales.

-Es menester dar preponderancia a los intereses de los niños Antonio, Alejandro y Camila, sobre los de su familia, para asegurarles un desarrollo armónico, integral, normal y sano, desde lo físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad, pues permitir a los señores Pedro y Marina, ejercer sus derechos de padres, es atentar contra el bienestar de sus menores hijos, por cuanto se pondría en riesgo su integridad no sólo física, sino también psicológica, en razón de que es claro observar que el señor Pedro, a pesar de haberse opuesto a la decisión no ha realizado gestiones a nivel laboral, ni de vivienda, como tampoco interiorizó cambios a nivel personal que demuestren su real compromiso de asumir su responsabilidad como padre. De otra parte, la señora Marina no le interesó el futuro de los niños y decidió abandonar el proceso.

-Se configuró en este caso la desprotección en razón a que los progenitores de los niños, a pesar de haberseles brindado todas las herramientas necesarias para que modificaran sus

comportamientos, no asumieron dicho compromiso ni la responsabilidad de la atención a sus necesidades básicas. Así mismo, a pesar de contar con una red familiar extensa que les brindara apoyo, la misma no mostró interés en asumir la custodia de los niños, pues de las entrevistas realizadas por el área social, se concluyó que si bien mostraron una motivación aparente en apoyarlos, la misma no era seria, ya que por la agresividad y falta de responsabilidad de Pedro, ellos se habían distanciado y sienten miedo a las reacciones que éste pueda asumir. Estas situaciones acarrearían para los niños Antonio, Alejandro y Camila, una situación casi inminente de desamparo al observarse poco compromiso de sus padres y familiares en atender de manera integral sus derechos.

-Que con la ocurrencia de estos factores negativos para la correcta formación de los niños Antonio, Alejandro y Camila, el retorno de los mismos al núcleo familiar de los padres biológicos, generaría para éstos perjuicios a corto, mediano y largo plazo.

-Dada la urgencia en resolver la situación jurídica de los niños a través de la medida de restablecimiento de derechos y por el desarrollo de la función protectora y subsidiaria del Estado ante la condición de debilidad manifiesta de los niños Antonio, Alejandro y Camila, se amparó el derecho de los niños a crecer en el seno de una familia que garantice su bienestar físico y emocional con el adecuado desarrollo intelectual, moral y social, considerándose viable la declaratoria de adoptabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 1098 de 2006.

-En este orden de ideas la declaratoria en situación de adoptabilidad de los niños Antonio, Alejandro y Camila, satisface a plenitud el interés superior que les asiste, pues deviene del ejercicio irregular de la patria potestad que hicieron en su momento los señores Pedro y Marina, bajo el entendido conceptual de que los derechos derivados de la potestad parental no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en aras de garantizar el interés superior del niño, niña y adolescente, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado.

De las medidas de restablecimiento de derechos la que resulta más favorable para los niños Antonio, Alejandro y Camila, es la adopción. Decisión que ha sido objeto de los recursos consagrados en la nueva ley de infancia y adolescencia y frente a la cual, actualmente cursa el trámite de homologación ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, quien

será el competente para determinar si el procedimiento adelantado se ajusta o no a lo contemplado en las normas pertinentes.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, mediante providencia del 27 de mayo de 2010, negó el amparo bajo el argumento según el cual, en el caso bajo estudio, “el mecanismo previsto por el legislador para establecer si la Resolución de Declaratoria de Adoptabilidad del 19 de marzo de 2010, emitida por la Defensora de Familia del ICBF, Centro Zonal Zipaquirá, se dictó conforme a derecho, con el respeto al debido proceso y la garantía de la defensa de los sujetos involucrados, es la homologación prevista en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)”, por cuanto en el trámite administrativo cuestionado, los señores Pedro, Teresa y Aura, interpusieron mediante apoderado judicial, oposición a la mencionada resolución.

-Así, la Resolución de Adoptabilidad, quedó sometida a la figura de la homologación ante el juez de familia, quien deberá definir, si homologa y confirma dicha decisión, dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda,² de conformidad con el parágrafo del artículo 119 de la Ley 1098 de 2006.

-Según el a quo, analizada toda la actuación administrativa que dio origen a la solicitud de amparo, no se constata la vulneración al derecho al debido proceso ni al derecho de defensa de las partes involucradas en este trámite.

-Afirma que las diversas resoluciones proferidas por la Comisaria de Familia de Tocancipá y el ICBF -Centro Zonal Zipaquirá-, en cada una de las etapas o fases de la actuación administrativa, tienen soporte probatorio, sin que se pueda predicar que obedezcan al simple capricho de los funcionarios de turno, o sean producto de la arbitrariedad, porque abundan las visitas sociales, los dictámenes de psicología y de trabajo social, amén de otros informes interesantes que respaldan las decisiones adoptadas.

-Para el juez de primera instancia, esas autoridades obraron de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, los artículos 7, 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia que

predican la protección integral, el interés superior del niño, niña y adolescente y la prevalencia de sus derechos conforme a instrumentos internacionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

-Respecto al encadenamiento del señor Pedro frente a las instalaciones del ICBF, consideró el juez de instancia, que este hecho por sí mismo no le da al actor “la razón a sus expectativas e intereses y, en su lugar, indica más bien una vía de hecho para tratar de presionar a los funcionarios frente a sus aspiraciones, lo cual no garantiza nada, dado que todas las autoridades involucradas en esta modalidad de procesos deben actuar en procura del mayor beneficio para los menores, incluso deponiendo los intereses de sus padres ante la efectiva protección que pregonan el mentado artículo 44 de la Carta Superior y el reseñado artículo 9 de la señalada ley.”

-Concluyó que: “[s]i acertaron o no esas autoridades; si las medidas tomadas son las más aconsejables o las menos convenientes; si resultaron ser prudentes o razonables o más perjudiciales, son interrogantes que debe responder y definir el Juzgado 1° de Familia en el examen de homologación, a quien por antonomasia corresponde hacerlo, por ser la entidad especializada en la materia y a quien la ley atribuye esa función, tal como se expuso en los razonamientos II y III.

Igual escrutinio hará el funcionario judicial con relación a la vinculación de la familia extensa de los niños, por cuanto allí verificará si hubo completa indagación, si los resultados obtenidos son suficientes o si se quedaron cortos y de acuerdo con sus inferencias construirá la decisión inherente a su interpretación de los hechos y a tales acusaciones.”

2. Impugnación

El Personero Municipal de Zipaquirá impugnó el fallo de primera instancia por las siguientes razones:

-El a quo incurrió en una contradicción providencial, por cuanto señaló categóricamente que en la actuación administrativa cuestionada no existió violación al debido proceso y luego concluyó que al juez de tutela no le es dado inmiscuirse en la competencia reglada para la homologación que corresponde a un juez especializado.

-En el presente caso, la acción de tutela sí es procedente, pues el perjuicio irremediable radica en que a los niños a favor de quienes se interpone el amparo, se les está vulnerando el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, en primer lugar, porque hace más de dieciséis meses fueron alejados de ella y se les han negado las visitas de su padre y de la familia extensa desde hace cuatro meses. En segundo término, no se consideró a la familia extensa, para adoptar una decisión que permitiera una integración familiar, específicamente la trabajadora social del ICBF no efectuó visita domiciliar a la señora Teresa, tía paterna de los niños.

-Sí existió vulneración al debido proceso, ya que el proceso de restablecimiento de derechos cuestionado, sobrepasó el término de los cuatro meses que la Ley 1098 de 2006 consagra, “pues como se aprecia en el expediente, desde el mismo momento en que el proceso es remitido al ICBF por la Comisaria de Familia de Tocancipá, la misma defensora de familia (SIC) doctora MERCEDES CONTRERAS, lo devuelve mediante escrito aludiendo que el término estaba vencido, lo cual originó colisión de competencia en perjuicio de los menores, pues se sobrepasó el límite de tiempo establecido para el ICBF perdiendo la competencia para declarar la adoptabilidad.”

La Ley 1098 de 2006, no contempla excepciones frente al término de los cuatro meses para el restablecimiento de derechos de los niños, “por tal motivo no es posible contar nuevamente el término desde que el conflicto de competencia fue dirimido.”

-Al padre de los niños, señor Pedro, dentro del proceso no le fue tomada en cuenta su condición de desplazado, y por el contrario se le ha prejuzgado por actos sexuales abusivos con menor de 14 años, los cuales no han sido demostrados, violando la presunción de inocencia.

3. Segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, mediante sentencia del 14 de julio de 2010, confirmó la decisión impugnada con fundamento en las siguientes consideraciones:

-Revisada la actuación administrativa que culminó con la declaratoria de adoptabilidad de los niños Antonio, Alejandro y Camila, se advierte la improcedencia de la presente acción de

tutela, pues a través del mecanismo de la homologación consagrada en los artículos 108 y 123 de la Ley 1098 de 2006, el juez de familia, ejerce control de legalidad sobre la decisión adoptada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, siendo éste un escenario propicio para controvertir la legalidad de dicha actuación, alegar los eventuales errores que puedan existir en dicho trámite y defender los derechos fundamentales.

No es procedente que por vía de tutela se reemplace la homologación que es de conocimiento exclusivo de los Jueces de Familia, y sin fundamento alguno ejerza control de legalidad sobre la declaración de adoptabilidad, pues tal desplazamiento de competencia es improcedente al tenor de lo dispuesto por el num. 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.”

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala definir si en el proceso de restablecimiento de derechos que se promovió en favor de los niños Antonio, Alejandro y Camila se vulneró el derecho al debido proceso y a tener una familia y no ser separada de ella.

Así mismo, es menester determinar cuál es el alcance o implicación que pudiera tener el hecho de que el padre de los niños declarados en situación de adoptabilidad sea una persona desplazada que resultó seriamente afectada por la resolución de adoptabilidad que profirió la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF dentro del proceso mencionado.

3. Subsidiaridad de la acción de tutela. Existencia de un medio de defensa judicial. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo

propósito consiste en la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando por acción o por omisión las autoridades públicas, y en específicas circunstancias,³ los particulares, vulneren o amenacen tales derechos constitucionales.

A partir del mencionado texto superior, este tribunal ha reiterado que la acción constitucional tiene un carácter residual y subsidiario, por cuanto sólo procede cuando el interesado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Bajo este contexto, la Corte ha concluido que "...por su propia finalidad, la acción de tutela está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos⁴, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales."⁵

Con todo, a pesar de que la regla general sea aquella según la cual deberán someterse para su resolución los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales, a las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-, el juez constitucional será quien determine en cada caso, si el mecanismo de defensa al alcance de los afectados, es eficaz y lo suficientemente expedito para prodigar una protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados, de no ser ello así, la acción de tutela se impone como mecanismo directo de protección.

Este análisis, encuentra pleno respaldo en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, el cual, al referirse a las causales de improcedencia de la acción de tutela, indica que la existencia de otro mecanismo de defensa judicial tendrá que ser calificada "en concreto" por el juez, apreciando para ello el grado de eficiencia y efectividad del medio judicial respecto a las específicas circunstancias en que se encuentre el solicitante al momento de invocar la protección del derecho presuntamente amenazado o vulnerado.

En torno a este punto, esta corporación, ha señalado que el juicio de procedibilidad del recurso de amparo constitucional se torna más flexible cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional (niños, personas que sufren algún tipo de discapacidad, las mujeres embarazadas, las madres cabeza de familia, los ancianos y los desplazados) en atención al estado de debilidad manifiesta en que se hallan y de la especial protección que la

Constitución les brinda. Sobre el particular la Corte ha señalado:

“(…) es pertinente acotar que en materia de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que, no obstante la rigurosidad con que el juez debe evaluar los requisitos exigidos para dar curso al mecanismo de amparo, existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales⁶.”

En el caso objeto de análisis, los jueces de instancia, consideraron que la acción de tutela interpuesta por el Personero Municipal de Zipaquirá es improcedente porque frente a la resolución que declaró la adoptabilidad de los niños Antonio, Alejandro y Camila procede el mecanismo de la homologación.

En efecto, el ordenamiento jurídico prevé la homologación de la declaratoria de adoptabilidad ante los jueces de familia y donde no exista éste, ante el juez civil municipal o promiscuo municipal en única instancia. Se trata de un mecanismo de control de legalidad o de revisión, frente al derecho fundamental del debido proceso.

Precisamente, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en los artículos 107 y 108, señala los casos en que procede la homologación de la declaratoria de adoptabilidad. A su vez el artículo 119 dispone que dicho proceso, entre otros, es competencia del juez de familia y fija el término que tiene para resolver los asuntos sometidos a su consideración. Las mencionadas normas disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 107. CONTENIDO DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD O DE VULNERACIÓN DE DERECHOS.

(…)

PARÁGRAFO 1o. Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición.

(...)"

En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil."

"ARTÍCULO 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia:

1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.

(...)

PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta."

De conformidad con las normas transcritas, si durante la actuación administrativa existió oposición o si contra la resolución que declara en situación de adoptabilidad a un niño, niña o adolescente, se interpone el recurso de reposición y aquél es resuelto desfavorablemente o se presenta oposición contra la misma, procede frente a dicha decisión el mecanismo de la homologación ante el juez de familia, quien deberá efectuar la revisión en un trámite de única instancia y dar prelación al mismo, pues deberá decidirlo dentro de un plazo improrrogable de dos meses. Una vez admitido el asunto, éste podrá correr traslado al Ministerio Público y al Defensor de Familia, adscrito al juzgado para que rindan concepto.

Conforme con lo dispuesto en el artículo 123 del Código de la Infancia y la Adolescencia,⁷ si el juez de familia advierte el incumplimiento de algún requisito legal previsto para la actuación administrativa de restablecimiento de derechos relacionada con la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, podrá devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane. Luego de verificado el cumplimiento de dichos requisitos legales, el juez decidirá

si homologa la resolución expedida en dicho sentido.

Bajo este contexto, el trámite de la homologación tiene como fin revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso durante la actuación administrativa, razón por la cual, se constituye como un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por una resolución de adoptabilidad recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, acreditando que las circunstancias que ocasionaron tal situación se han superado y que razonadamente se puede deducir que no se repetirán.⁸

Respecto del alcance de la competencia del juez de familia en el trámite de la homologación, en un principio, esta corporación, en la Sentencia T-079 de 1993,⁹ al interpretar el contenido del artículo 56 del Código del Menor que establecía que las decisiones administrativas que determinen en forma temporal o definitiva la situación de un menor de edad están sujetas al control jurisdiccional de los jueces de familia, señaló que dicho control sólo podía efectuarse sobre el procedimiento y no sobre el fondo del asunto. En esa ocasión la Corte señaló:

“La declaración de abandono – acompañada de la medida de protección consistente en la iniciación de los trámites de adopción – produce ipso iure la pérdida de la patria potestad (C. del M., art. 60), salvo que se presente oportunamente oposición a la resolución administrativa por parte de las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza o la educación del menor de edad (C. del M., art. 61). La drasticidad de una decisión semejante para la familia y los derechos de sus miembros llevó al legislador a prever el mecanismo de la homologación judicial como garantía judicial de esta clase de resoluciones.

La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa. Aunque el trámite de la homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado examinar el fondo de la decisión. Contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno (C. del M., art. 63).”

Así mismo, en sentencia T-293 de 1999,¹⁰ este tribunal precisó que la homologación “es un control de legalidad sobre la actuación adelantada por los funcionarios del ICBF, instituido

para garantizar los derechos sustanciales y procesales de los padres de los menores, o de quien los tenga a su cuidado.

El procedimiento regulado por la ley, que debe seguirse con el fin de adoptar medidas de protección a favor de los menores en situación de abandono o peligro, se desenvuelve en dos fases bien diferenciadas como son: la actuación administrativa cumplida ante las autoridades del Instituto de Bienestar Familiar y la homologación que, eventualmente, debe surtirse ante el juez de familia, como lo indica el art. 64. El debido proceso, por consiguiente, se desenvuelve de una parte en sede administrativa y de otra con la intervención judicial, en virtud de la cual se surte el trámite de la homologación de la decisión adoptada por las autoridades del I.C.B.F.”

Sin embargo, recientemente esta corporación en sentencia T-671 de 2010,¹¹ señaló que la competencia del juez de familia en el trámite de la homologación no sólo se restringe a un mero control sobre las formas y el procedimiento de la actuación administrativa sino que le permite establecer si aquella atendió el interés superior del niño, niña o adolescente, pudiendo incluso ordenar las medidas que considere necesarias para restablecer los derechos. Frente al particular esto dijo la Corte:

“En ese sentido, se tiene que el juez natural, en el marco del proceso de homologación, la función de control de legalidad de la resolución de adoptabilidad va más allá de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo. Es así, que con presentarse la oposición por parte de los padres o de los familiares o con el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades administrativas competentes, el asunto merece la mayor consideración y adecuado escrutinio de la autoridad judicial con el fin de que exista claridad sobre la real garantía de los derechos fundamentales del niño, la niña o el adolescente involucrado y de su interés superior.”

Si bien es cierto el ordenamiento jurídico colombiano prevé el mecanismo de homologación ante el juez de familia al que pueden acudir las personas afectadas con la declaratoria de adoptabilidad, también lo es para la Sala, que la acción de tutela procede excepcionalmente, cuando están involucrados los intereses de un niño, niña y adolescente, los cuales gozan de una especial protección constitucional.¹²

Para la Corte, es claro que en el asunto sometido a su consideración, procede la

homologación porque de acuerdo con los documentos que reposan en el expediente, contra la resolución que declaró en situación de adoptabilidad a los niños Antonio, Alejandro y Camila, se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente y se presentó, además oposición contra la misma.

En efecto, de acuerdo con la información allegada en sede de revisión, se tiene que el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, mediante providencia del 9 de junio de 2010 resolvió la homologación de la resolución que declaró en situación de adoptabilidad a los niños respecto de quienes se interpone la acción de tutela.

A juicio de la Sala, si bien en este caso procedió el mecanismo de homologación en desarrollo del cual un juez de familia examinó la actuación surtida por la entidad demandada, la acción de tutela procede excepcionalmente, en la medida en que los intereses que se encuentran involucrados son los de los niños Antonio, Alejandro y Camila, específicamente sus derechos fundamentales a la filiación, a tener una familia, al cuidado y al amor. Además, el Personero Municipal de Zipaquirá al interponer la acción de tutela no sólo pretende que se examine el caso desde el punto de vista del interés superior de los mencionados niños sino también que se determine cuál es el alcance o implicación que pudiera tener el hecho de que el padre de los niños declarados en situación de adoptabilidad sea una persona desplazada que resultó seriamente afectada por una decisión que en su criterio además de extemporánea, no tuvo en cuenta a la familia extensa.

4. Los derechos fundamentales de la población desplazada

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 387 de 1997¹³ y el artículo 2° del Decreto Reglamentario 2569 del 2000, desplazado es toda persona que se ha visto coaccionada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas como consecuencia del conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias derivadas de las situaciones anteriormente mencionadas que puedan perturbar drásticamente el orden público.

Por su parte, la Corte en la Sentencia T-1346 de 2001¹⁴ respecto del concepto de

desplazado, señaló:

“Sin entrar a desconocer los diferentes criterios que en relación con el concepto de “desplazados internos” han sido expresados por las distintas organizaciones nacionales e internacionales que se ocupan del tema, de conformidad con lo preceptuado en la Ley y la jurisprudencia constitucional, puede afirmarse que se encuentra en condición de desplazado toda persona que se ve obligada a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional, por causas imputables a la existencia de un conflicto armado interno, a la violencia generalizada, a la violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario y, en fin, a determinados factores que pueden llegar a generar alteraciones en el orden público-económico interno”.

Bajo esta perspectiva la Corte en la providencia mencionada analizó la condición de las personas desplazadas y la importancia de garantizar sus derechos fundamentales. Frente al particular esta corporación dijo:

“También ha resaltado esta Corporación que, por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas -en su mayor parte mujeres cabeza de familia, niños y personas de la tercera edad- que se ven obligadas ‘a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional’¹⁶ para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad,¹⁷ que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales¹⁸ y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: ‘Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado’¹⁹. En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte ‘la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública’²⁰, dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional. (...) En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias

de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato consagrado en el artículo 13 Superior: ‘el grupo social de los desplazados, por su condición de indefensión merece la aplicación de las medidas a favor de los marginados y los débiles, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, incisos 2° y 3° que permiten la igualdad como diferenciación, o sea la diferencia entre distintos.’²¹. Este punto fue reafirmado en la sentencia T-602 de 2003, en la cual se dijo que ‘si bien el legislador y las entidades gubernamentales deben tratar de igual modo a todas las personas, pues así lo estipula el artículo 13 de la Constitución, las víctimas del fenómeno del desplazamiento forzado interno sí merecen atención diferencial’. Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el ‘punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno’²², y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que ‘de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara’²³.”²⁴

En estos términos la Corte precisó que el Estado debe garantizar de manera preferente la efectividad de los derechos fundamentales de las personas desplazadas toda vez que se encuentran en una situación de indefensión como consecuencia de la alteración del principio de igualdad que no les permite estar en el mismo nivel de una persona en condiciones normales y que no está expuesta al desplazamiento forzado interno. Según la Corte existen ciertos derechos que constituyen el mínimo prestacional que debe ser satisfecho por el Estado a las víctimas de este flagelo. Al respecto la Corte indicó que los derechos mínimos que se deben garantizar a este grupo poblacional son:

- “1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el artículo 11 C.P. y el Principio 10.
- “2. Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (artículos 1 y 12 C.P.), tal y como se particularizan en el Principio 11.
- “3. El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los artículos 42 y 44 CP y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente, aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por sujetos de especial protección constitucional -niños,

personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia-, quienes tienen derecho a reencontrarse con sus familiares.

“4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que “las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales.” También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno.

“5. El derecho a la salud (artículo 49 C.P.) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien respecto de los niños y niñas se aplicará el artículo 44 y en relación con los menores de un año, se aplicará el artículo 50 C.P.

“6. El derecho a la protección (artículo 13 C.P.) frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, particularmente cuando dichas prácticas afecten el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Principio 22.

“7. Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (artículo 67, inciso 3, C.P.). (...) El Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en

entidades públicas o privadas de la zona. (...)

“8. En relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento (artículo 16 C.P.) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento –obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios 1, 3, 4, 11 y 18. (...) [El] deber mínimo del Estado es el de identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.

(...)

“9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público

del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse.”

Con todo, en virtud del estado de cosas inconstitucional que fue declarado en materia de desplazamiento forzado, la Corte fue enfática en señalar que corresponde a las autoridades de la República garantizar un trato preferente y oportuno a quienes son víctimas de este flagelo. Es entonces un compromiso general de las autoridades y de los particulares, reconocer el deber de solidaridad frente a los desplazados, pues por sus condiciones de vulnerabilidad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y por lo tanto son merecedores de un trato especial.²⁵

5. Sobre el interés superior del niño, niña y adolescente

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en atención a su situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y por ser quienes representan el futuro de las naciones, los niños, niñas y adolescentes, han concentrado la atención de los estados y de la comunidad internacional, que los ha proclamado como sujetos de especial protección por parte no sólo de la familia sino también de la sociedad y el Estado, con el propósito de garantizarles un tratamiento preferencial y asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y adecuadas.²⁶

Dicho tratamiento preferencial que implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucran,²⁷ tiene un evidente reconocimiento en el Derecho Internacional Público a través del principio que se conoce como “interés superior del menor”. Dicho principio fue consagrado inicialmente en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reiterado en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art.25-2), la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principio 2º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (arts. 23 y 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.²⁸ Este último instrumento trata el principio de “interés superior del menor”, en el artículo 3º, numeral 1º, señalando: “[e]n todas las medidas concernientes a los

niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños.”

De manera acorde con los convenios internacionales sobre este tema, ratificados por Colombia, el Constituyente de 1991, consagró expresamente en el artículo 44 el principio especial de protección del niño, niña y adolescente, a través de los siguientes postulados esenciales: “(i) le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral; (ii) establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud; (iii) reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia; y (iv) ordena proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”²⁹

En relación con el principio de protección especial del niño, niña y adolescente, la Corte ha señalado que éste debe proyectarse sobre toda la acción del Estado y la sociedad, “de manera que tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho principio, haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad.”³⁰

Según la jurisprudencia de esta corporación, el interés superior del niño, niña y adolescente ha sido entendido como el reconocimiento de una “caracterización jurídica” específica, fundada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de proporcionarle un trato conforme a esa prevalencia con la finalidad “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad.”³¹

El contenido de dicho interés para este tribunal, “sólo se puede establecer prestando la

debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.”³²

Ahora bien, como las autoridades administrativas y judiciales cuentan con un importante margen de discrecionalidad para definir cuál es la medida que se debe adoptar para favorecer el “interés superior del menor”, la Corte en la Sentencia T-510 de 2003,³³ consideró que en todo caso, deberán atenderse tanto consideraciones de tipo fáctico como jurídico para establecer criterios claros en el análisis de situaciones específicas. Esto dijo, esta corporación:

“Para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas -las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo aspectos aislados-, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-.”

Posteriormente, la Corte en la Sentencia T- 397 de 2004,³⁴ concretó dicho criterio, a través de la regla jurisprudencial según la cual “las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente -incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones de los profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

Con base en dicha regla, en la sentencia anteriormente mencionada, la Corte volvió a definir los criterios que deben tenerse en cuenta para adoptar las medidas para favorecer el interés superior del niño, niña y adolescente, las cuales son: (i) la garantía de su desarrollo integral, (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos

fundamentales, (iii) su protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de sus derechos y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña y adolescente involucrado.

6. Sobre la protección constitucional del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

Esta corporación ha señalado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es uno de los principales criterios orientadores para determinar el bienestar del niño, niña y adolescente, en la medida en que la familia se erige como el espacio natural de su desarrollo y, es a su vez, quien está llamada, en primer lugar, a satisfacer las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos.

Precisamente, el artículo 44 superior, consagra que son derechos fundamentales de los niños tener una familia y no ser separados de ella, la vida, la integridad física, la salud, el cuidado y el amor. Derechos que no solamente resultarían afectados ostensiblemente si se impide o dificulta la formación del núcleo familiar, sino también, el derecho a construir su propia identidad (Art. 14 C.P.), el ejercicio de la libertad para elegir entre diversos modelos de vida (Art. 16 C.P.) y la dignidad de la persona (Art. 1 C.P.). Frente al particular este tribunal en la Sentencia T-587 de 1998,³⁵ precisó:

“La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16).”

Tal ha sido la importancia de la familia que tanto en las normas internacionales como en el texto fundamental ha sido objeto de una especial protección. El constituyente, por ejemplo, la calificó en los artículos 5 y 42 como “la institución básica” y “célula fundamental de la sociedad”.

En cuanto a la titularidad del derecho a la familia, esta corporación ha considerado que dicho derecho pretende proteger esencialmente a los niños. Sin embargo, como consecuencia de su sentido de “doble vía” y en ciertas circunstancias, incluye a los adolescentes y hasta los adultos.³⁶

En torno a la conformación de dicha institución, la Corte de manera reiterada ha señalado que resulta flexible a las diferentes maneras como se relacionan las personas, a las coyunturas personales que permiten el acercamiento y el distanciamiento entre sus miembros o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la falta definitiva de algunos de ellos. De ahí que, en Colombia las personas tienen derecho a establecer una familia, conforme a sus propias opciones de vida, siempre y cuando no resulte atentatoria de los derechos fundamentales, ello de conformidad con el carácter multicultural y pluriétnico de nuestro Estado (art. 7 C.P.).

En principio, la familia constituye el entorno ideal para la crianza y educación de los hijos. No obstante, esta corporación ha considerado que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44) no se configura con la sola inclusión a un grupo humano, “sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.”³⁷

Bajo este contexto, en aras de la conservación del interés superior del niño, niña y adolescente, el Estado tiene la facultad, para coartar el derecho de los padres a ejercer las prerrogativas que naturalmente les atribuye su calidad, cuando el peligro, la desprotección y el abandono del niño, niña y adolescente se ocasionan en el propio escenario familiar,³⁸ “... en efecto, en oportunidades pasadas, la Corte Constitucional ha sostenido que el ejercicio de los derechos de los padres puede quedar en suspenso -e incluso, extinguirse- cuando aquellos incumplen los deberes correlativos. La Corte entiende que comportamientos abusivos, displicentes o agresivos que afecten la integridad del menor constituyen negación de la conducta debida hacia los hijos, pero, muy especialmente, negación del derecho que los mismos tienen al amor de sus padres. Por tanto, cuando dicha circunstancia se presenta, resulta legítimo para el Estado intervenir en la célula familiar con el fin de preservar el interés superior del menor.”

Bajo esta óptica, este tribunal ha considerado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella debe examinarse frente al interés superior del niño, niña y adolescente, lo que implica que jurídicamente sea posible que un niño víctima de desprotección o abuso sea separado de sus padres cuando ponen en amenaza su integridad física y mental.

No obstante lo anterior, también ha sostenido enfáticamente la Corte que la prevalencia de derechos y el interés superior del niño, niña y adolescente no implican per se que con ocasión de cualquier anomalía o infracción parental se produzca necesariamente la separación jurídica y material del niño, niña y adolescente de cualquiera de sus padres, toda vez que existen medidas intermedias que el operador puede adoptar con el fin de sancionar al padre infractor y para apuntalar que sus actuaciones se ajusten al interés del niño, niña y adolescente. La más grave y extrema, la constituye la extinción o suspensión de cualquiera de las facultades parentales y la patria potestad misma.³⁹

Ante el evidente dilema y tensión jurídica que emerge entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las medidas de salvaguardia aplicables; cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta de un padre respecto de su hijo, la Corte ha señalado que el operador judicial o administrativo deberá en todo caso, para dar solución al conflicto, actuar con rigurosa cautela y prudencia, y fundamentar cuidadosamente cuál es la fórmula más conveniente para preservar los derechos del niño, niña y adolescente. En cualquier caso, la intercesión de la sociedad y el Estado en defensa de aquél no puede generar un daño superior al que hubiere sido causado a su padre o madre.⁴⁰

7. Hechos en razón de los cuales la Comisaria de Familia de Tocancipá y la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF intervinieron en el caso concreto

1. Los patrulleros de turno de la Policía Nacional de Cundinamarca, Distrito Tres de Policía de Zipaquirá, Estación Tocancipá, mediante Oficio N° 056 del 22 de febrero de 2009, dejaron a disposición y bajo protección de la Comisaria de Familia de Tocancipá a los niños Antonio, Alejandro y Camila al encontrarlos en condiciones de peligro y vulnerabilidad como consecuencia del estado de abandono y dejación por parte de sus padres, Pedro quien estaba agrediendo a su compañera permanente Marina, quien, a su vez, se hallaba en estado de embriaguez. ⁴¹

Luego de verificarse el estado de cumplimiento de derechos de los niños⁴² y como la señora

Marina manifestó que no contaba con familiares cercanos, la Comisaria de Familia de Tocancipá procedió a darles protección a los niños Antonio, Alejandro y Camila llevándolos a un hogar sustituto para lo cual realizó la respectiva entrega.⁴³

2. La Comisaria de Familia de Tocancipá, mediante Auto N° 005 del 23 de febrero de 2009, decidió abrir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, a favor de los niños por la presunta vulneración de sus derechos. ⁴⁴

Dicha decisión fue notificada personalmente ese mismo día.⁴⁵

“PRIMERO.- MANTENER, la medida de restablecimiento de derechos de los niños Antonio, Alejandro y Camila, de 7, 3 y 1 años de edad respectivamente, en el hogar sustituto del municipio de Tocancipá (Cund).

SEGUNDO.- OFICIAR, al puesto de salud de Tocancipá con el fin de realizar la valoración de crecimiento y desarrollo de los niños.⁴⁷

TERCERO.- CONTINUAR con el seguimiento, acompañamiento y apoyo a la familia (...), por trabajo social y psicología.⁴⁸

....”

Dicha decisión fue notificada en estrados.

4. El 5 de marzo de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá profirió la Resolución del Cuidado Personal y Provisional de los niños Antonio, Alejandro y Camila, y dispuso, entre otras medidas: ⁴⁹

“PRIMERO.- MODIFICAR, la medida de protección provisional de hogar sustituto de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, de 7 y 3 años de edad respectivamente reintegrándolos a su hogar de origen.

SEGUNDO.- ENTREGAR provisionalmente en cuidado y custodia personal los niños ANTONIO Y ALEJANDRO, de 7 y 3 años de edad respectivamente al progenitor señor Pedro, residente en la vereda (...), para que a partir de la fecha les brinde protección, cuidado, alimentos, educación, salud, recreación, vivienda digna, no maltratarlos y no permitir que terceras

personas lo hagan; medida esta que se hace extensiva a la compañera sentimental del señor.

TERCERO.- MANTENER, la medida de hogar sustituto a la niña Camila.

CUARTO.- Como quiera que la niña CAMILA, continua en protección en el hogar sustituto los padres podrán visitarla, los días viernes hábiles de 3:00 p.m. a 5:00 p.m. en las instalaciones de la Comisaria de Familia; para tal fin ofíciase a los padres sustitutos.

QUINTO.- Los progenitores deberán aportar la suma de TREINTA MIL PESOS (\$30.000), para los alimentos e implementos de ase (SIC) mensualmente para Camila, los cuales serán entregados en especie al hogar sustituto.

SEXTO.- CONTINUAR con el seguimiento, acompañamiento y orientación por parte de trabajo social y psicología, por parte de las funcionarias de esta Comisaria de Familia.⁵⁰

(...)”

Dicha providencia fue notificada en estrados.

5. El 19 de junio de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas y Fallo en el Proceso de Restablecimiento de Derechos promovido a favor de los niños Antonio, Alejandro y Camila.⁵¹ En la mencionada diligencia se adoptaron, entre otras medidas:

“PRIMERO.- MODIFICAR, la medida provisional de hogar de origen impuesta por esta Comisaria de Familia a los niños ANTONIO Y ALEJANDRO, y cambiarla por protección provisional en Hogar sustituto del municipio.⁵²

SEGUNDO.- MANTENER la medida de protección provisional en Hogar sustituto de Tocancipá a la niña CAMILA.

TERCERO.- RECORDAR, a los señores PEDRO Y MARINA, que podrán visitar a los niños y a la niña en el Hogar sustituto del municipio de Tocancipá, los días hábiles de 3:00 a 5:00 p.m.

CUARTO.- Acompañar a la niña RAQUEL, de 13 años de edad a la URI de Zipaquirá (Cund), junto con el progenitor LUIS, para que formulen la denuncia penal por el presunto delito de acto sexual con menor de 14 años, e iniciar restablecimiento de derechos a favor de la

misma.

QUINTO.- DISPONER que esta dependencia no es competente para continuar con el proceso, del restablecimiento de Derechos de los niños ANTONIO Y ALEJANDRO y a la niña CAMILA, de 7, 3 y 1 año de edad respectivamente, que sería el de la adaptabilidad.

SEXTO.- ENVIAR, la actuación en el estado en que se encuentra al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, CENTRO ZONAL ZIPAQUIRA CUNDINAMARCA, para lo de su cargo.

SEPTIMO.- En firme este proveído, envíense las presentes diligencias al ICBF, Centro Zonal Zipaquirá Cund, por competencia.

(...)"

Dicha providencia fue notificada en estrados y quedó ejecutoriada el 26 de junio de 2009.⁵³

6. El 9 de julio de 2009, la Comisaria Primera de Familia de Tocancipá remitió a la Defensoría de Familia de Zipaquirá las diligencias adelantadas dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos promovido por esa Comisaria, a favor de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA para lo de su competencia.

7. El 27 de julio de 2009, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, mediante oficio, devolvió las diligencias adelantadas dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos promovido a favor de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA a la Comisaria de Familia de Tocancipá al considerar que se encontraba fuera del término para la declaratoria de adoptabilidad, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006.⁵⁴

8. El 29 de julio de 2009, la Comisaria de Familia de Familia de Tocancipá remitió al Juzgado Promiscuo Municipal de Tocancipá el expediente contentivo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos promovido en favor de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA para lo de su competencia de conformidad con los artículos 100 parágrafo 2 y 120 de la Ley 1098 de 2006.⁵⁵

9. El 1 de septiembre de 2009 el Juzgado de Unidad Judicial de Tocancipá-Gachancipá, mediante proveído de dicha fecha, se declaró incompetente para conocer del presente

asunto, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, al considerar que revisada “la actuación surtida por la Comisaria de Familia Uno del municipio de Tocancipá, se observa que esta resolvió mediante fallo, antes de que se cumplieran los cuatro meses señalados en la norma en comento, contados a partir de la fecha que en forma oficiosa se dictó el auto de apertura de la investigación, es decir, lo hizo dentro del término establecido en la ley.”⁵⁶

10. El 9 de octubre de 2009, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF, mediante Auto proferido en la mencionada fecha, resolvió declarar que la defensoría carece de competencia para conocer del presente proceso, por vencimiento de términos. En consecuencia, propuso conflicto de competencia a la Comisaria Uno de Tocancipá, en relación con el caso concreto y ordenó remitir la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.⁵⁷

11. El 26 de noviembre de 2009, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante proveído de la citada fecha⁵⁸ definió la competencia para conocer del proceso administrativo de restablecimiento de derechos promovido en favor de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA a la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Zipaquirá, argumentado:

“ (...)

Para concretar este punto, es necesario remitirse al artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, que señala las funciones de la Defensoría de Familia, en particular el numeral 14 el cual establece que la Defensoría tiene la función de “declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña y adolescente”.

Por lo anterior y en aplicación al factor territorial que asigna competencia a la autoridad del lugar donde se encuentre el menor, debe revisarse en el caso que nos ocupa, si hay o no Defensor de Familia en el municipio de Tocancipá, pues de no haberlo, por competencia subsidiaria (art. 98 C.I.C.), el asunto sería de conocimiento del Comisario de Familia, salvo que se trate de una función intransferible.

Dice el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006:

“ARTICULO 98. COMPETENCIA SUBSIDIARIA. En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el Comisario de Familia. En ausencia de éste último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía.

La declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente corresponde exclusivamente al Defensor de Familia. Si se tiene en cuenta que la declaratoria de adoptabilidad es competencia exclusiva del Defensor de Familia, no asignable al Comisario de Familia y que en dicho municipio no hay Defensor de Familia, la Sala concluye que es responsabilidad de la Defensoría de Familia del ICBF, Centro Zonal Zipaquirá, Regional Cundinamarca, iniciar el proceso de adoptabilidad a favor de los niños Antonio, Alejandro y Camila.”

12. El 29 de diciembre de 2009, los niños Antonio, Alejandro y Camila fueron entregados a un hogar sustituto con el fin de recibir ubicación familiar provisional, mientras se definía su situación legal.⁵⁹

13. Mediante Providencia del 4 de enero de 2010, la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal de Zipaquirá, asumió el conocimiento de las diligencias administrativas de restablecimiento de derechos surtidas a favor de los mencionados niños,⁶⁰ ratificó la medida provisional de ubicación en hogar sustituto, ordenó sanear el procedimiento seguido por la Comisaria de Familia de Tocancipá con el fin de realizar la notificación de la señora Aura procediendo a realizar emplazamiento y publicación en la página de internet del ICBF y en televisión, por cuanto se desconocía su domicilio y señaló como fecha para adelantar la audiencia de fallo el 19 de marzo de 2010.

El Auto proferido el 4 de enero de 2010 por la Defensora de Familia de Zipaquirá, fue notificado personalmente al padre de los niños, señor Pedro.⁶¹ El emplazamiento ordenado en dicho proveído se cumplió del 9 al 16 de febrero de 2010.⁶²

14. El 24 de febrero de 2010, en la Defensoría de Familia, Centro Zonal Zipaquirá del ICBF se realizó la diligencia de notificación personal a la señora Aura del auto por medio del cual ese despacho asumió el conocimiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos promovido en favor del niño Antonio,⁶³ y se fijó la fecha de la Audiencia para declararlo en situación de adoptabilidad para el 19 de marzo de 2010.⁶⁴

15. El 19 de marzo de 2010 se realizó dicha audiencia con la presencia del padre biológico de los niños Antonio, Alejandro y Camila y su apoderado judicial, la representante de la Defensoría del Pueblo -Regional Cundinamarca-, la madre biológica del niño Antonio, la Psicóloga y Trabajadora Social de la Comisaria de Familia de Tocancipá.⁶⁵

16. En dicha audiencia se profirió la Resolución N° 02366 en la que se adoptaron entre otras medidas:

“ARTICULO PRIMERO: DECLARAR en situación de ADOPTABILIDAD al niño ANTONIO, nacido el 13 de mayo de 2001, en (...), inscrito en la Registraduría del estado civil de (...), con el indicativo serial N°. (...), hijo de PEDRO Y MARINA.

ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR en situación de ADOPTABILIDAD al niño ALEJANDRO, nacido el 25 de enero de 2006, en (...), inscrito en la Registraduría municipal de (...), con el indicativo serial (...), hijo de PEDRO Y MARINA.

ARTICULO TERCERO: DECLARAR en situación de ADOPTABILIDAD a la niña CAMILA, nacida el 30 de enero de 2008 en (...), inscrita en la Registraduría municipal de (...), con el indicativo serial N° (...), hija de PEDRO Y MARINA.

ARTICULO CUARTO: Ordenar como medida de restablecimiento de derechos, la adopción de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, de conformidad con lo establecido en el Numeral 5° del Artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia, para lo cual se remitirán los documentos al Comité de Adopciones del ICBF, Regional Cundinamarca, para la iniciación de los trámites respectivos.

ARTICULO QUINTO: Ratificar y mantener la medida de restablecimiento de derechos de ubicación en Hogar sustituto a favor de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, hasta tanto sean entregados a sus pretensos padres adoptantes.”

La señora Aura y el apoderado judicial del señor Pedro con coadyuvancia de la representante de la Defensoría del Pueblo – Regional Cundinamarca, interpusieron el recurso de reposición contra la mencionada resolución.⁶⁷

Dicha decisión fue notificada en estrados.

17. El 6 de abril de 2010 la Defensora de Familia del ICBF Centro Zonal Zipaquirá, profirió la Resolución N° 03268 por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 23 del 19 de marzo de 2010 y decidió confirmar en todas y cada una de sus partes la mencionada decisión.

Dicho proveído fue notificado personalmente al apoderado judicial del señor Pedro y a la señora Aura.⁶⁹

18. Dentro de la oportunidad procesal prevista, el apoderado judicial de los señores Pedro y Teresa y la señora Aura presentaron oposición a la resolución de adoptabilidad. ⁷⁰

19. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, mediante providencia del 9 de junio de 2010,⁷¹ decidió la homologación de la Resolución N° 23 del 19 de marzo del año en curso, proferida por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF, por medio de la cual se declaró en estado de adoptabilidad a los niños Antonio, Alejandro y Camila y resolvió:

“PRIMERO: HOMOLOGAR la Resolución N° 023 de fecha 19 de marzo de 2010 emitida por la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familia -Centro Zonal Zipaquirá, pero sólo con respecto a la declaratoria de adoptabilidad de los niños Alejandro y Camila, y que ordenó, entre otros como medida de protección, la iniciación de los trámites de adopción de los mismos.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente a la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Zipaquirá, para que se proceda a subsanar y tramitar la actuación con respecto al niño Antonio, conforme a las normas procesales y sustanciales pertinentes, respetando el debido proceso y los derechos del niño.”

20. Según la información allegada en sede de revisión por parte de la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, estas fueron las actuaciones que se surtieron con posterioridad a la sentencia de homologación proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá:⁷²

“Con fecha 12 de julio de 2010, se profiere auto mediante el cual se avoca conocimiento de lo resuelto en la sentencia del 9 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo

de Familia de Zipaquirá, ordenando subsanar y abrir nuevamente la actuación administrativa a favor de Antonio, así mismo se ordenó notificar a los representantes legales PEDRO Y MARINA, corregir el registro civil de nacimiento del niño respecto al apellido materno, ante la Registraduría de (...), acreditación de parentesco entre la señora AURA y el niño ANTONIO, entre otras. La corrección se realizó el día 18 de agosto de 2010. Con fecha 9 de septiembre de 2010 se fija fecha para audiencia de fallo y mediante Resolución No. 100 de esta fecha se ordena el reintegro al medio familiar materno del niño ANTONIO, asignándole la custodia y cuidado personal a la señora AURA. Es de anotar que la audiencia se realiza con la presencia de la madre biológica por cuanto el señor no asiste. Con fecha 16 de septiembre de 2010 se oficia a la Coordinadora del centro Zonal Garzón Huila para que ordene el seguimiento al reintegro del niño ANTONIO.”

Respecto de los niños Alejandro y Camila, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, informó:

“Mediante auto del 7 de septiembre de 2010, esta Defensoría de Familia ordena la ubicación de los niños y el traslado de la historia a la INSTITUCION CRAN de la ciudad de Bogotá, allí fueron asignados en comité de adopción del día 1 de octubre de 2010...”.

El Personero Municipal de Zipaquirá, presentó acción de tutela en representación de los niños Antonio, Alejandro y Camila contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al considerar que en el trámite de restablecimiento de derechos que se promovió en su favor, les fueron vulnerados el derecho al debido proceso y a tener una familia y no ser separado de ella, en primer lugar, por cuanto éste sobrepasó el término de los cuatro meses establecido en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 lo que significó que la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá perdiera competencia para declararlos en situación de adoptabilidad y, en segundo término, porque no se consideró a la familia extensa, para adoptar una decisión que permitiera una integración familiar.

La Sala considera necesario para dilucidar el punto en torno a la aplicación del término de los cuatro meses establecido en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, hacer las siguientes precisiones:

1. El artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, parágrafo 2° establece que: “[e]n todo caso la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha

de presentación de la solicitud o a la apertura de la investigación,(...). Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente al juez de familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. (...)”

2. Conforme a lo expuesto, la pérdida de competencia por vencimiento de términos, se configura cuando la autoridad administrativa no falla dentro del término preciso que establece el artículo mencionado, causándose una tardanza injustificada que desconoce abiertamente el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, que le impone al operador de dicha ley, actuar con celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de todas sus actuaciones y en la asunción de las medidas correspondientes para la restauración no sólo de la dignidad e integridad de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos sino también de su capacidad para gozar efectivamente de los derechos que les han sido vulnerados.

El fallo que se profiere en el trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos puede ser en uno de estos dos sentidos: (i) de declaratoria de vulneración de derechos, el cual podrá confirmar o modificar la medida de restablecimiento de derechos adoptada en el auto de apertura de investigación que puede ser cualquiera de las contenidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006; igualmente se podrá imponer a los padres o personas responsables del niño, niña y adolescente, el cumplimiento de las actividades establecidas en el artículo 107, parágrafo 2°, de la misma ley; y (ii) Resolución de declaratoria de adoptabilidad, la cual corresponde exclusivamente al Defensor de Familia.

En el presente caso, la Sala considera que fueron observados los términos del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia por cuanto la actuación administrativa se resolvió por parte de la Comisaria de Familia de Tocancipá, mediante la resolución de declaratoria de vulneración de derechos de los niños Antonio, Alejandro y Camila en la que adoptó como medidas de restablecimiento la ubicación inmediata en medio familiar sustituto y la de la adopción.

La Corte arriba a dicha conclusión, porque tal y como quedó expuesto en el acápite anterior, la Comisaria de Familia de Tocancipá inició, el 23 de febrero de 2009, la mencionada

actuación administrativa al estar involucrados los niños Antonio, Alejandro y Camila en circunstancias de amenaza o vulneración de derechos en el contexto de la violencia intrafamiliar, siendo la autoridad competente, para prevenir, garantizar y restablecer tales derechos adoptando las medidas de restablecimiento de conformidad con el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006 en concordancia con el artículo 7 del Decreto 4840 de 2007.

Mediante Auto N° 005 del 23 de febrero de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá, decidió abrir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de los mencionados niños.

En la misma fecha consideró necesario mantener la medida de restablecimiento de derechos, correspondiente a ubicación inmediata en un medio familiar, como lo es un hogar sustituto.⁷³

Después de verificar la garantía de derechos de los mencionados niños,⁷⁴ realizar las citaciones a los señores Pedro y Marina, realizar la entrevista a los niños Antonio y Alejandro, la Comisaria de Familia de Tocancipá, el 5 de marzo de 2009, profirió la Resolución del Cuidado Personal y Provisional de los mencionados niños, modificando la medida de protección provisional de hogar sustituto de los niños Antonio y Alejandro, reintegrándolos a su hogar de origen y mantuvo en la medida de hogar sustituto a la niña Camila. Es decir, para los niños Antonio y Alejandro, se adoptó la medida de restablecimiento, correspondiente a ubicación inmediata en medio familiar en familia de origen.

Posteriormente y luego del cierre de la etapa probatoria,⁷⁵ el 19 de junio de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá, profirió la resolución de declaratoria de vulneración de derechos, adoptando la medida de restablecimiento, correspondiente a ubicación inmediata en medio familiar en hogar sustituto, al estimar que dados los acontecimientos del 18 de junio en los que los señores Pedro y Marina se vieron involucrados en el presunto delito de acto sexual con menor de 14 años, se corría el riesgo de vulnerar los derechos de los niños, razón por la cual éstos no podían ser entregados a sus progenitores, ni a la familia extensa, ya que según los estudios socio familiares realizados a los hermanos de Pedro, ninguno manifestó su interés de hacerse cargo de los tres niños. De acuerdo con lo anterior se ordenó remitir la actuación adelantada al ICBF, Centro Zonal Zipaquirá, considerando además que, conforme al material probatorio, los niños debían ser declarados en situación de

adoptabilidad, decisión que es competencia única y exclusiva del Defensor de Familia. En este punto vale la pena señalar que la declaratoria de vulneración de derechos, tal y como quedó expuesto, fue oportuna, por cuanto se profirió dentro de los cuatro meses siguientes a la apertura oficiosa de la investigación.

Vistas así las cosas, fue errada la posición de la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del I.C.B.F. al devolver las diligencias adelantadas dentro del proceso administrativo de derechos promovido en favor de los mencionados niños a la Comisaria de Familia de Tocancipá, al considerar que se encontraba fuera del término para la declaratoria de adoptabilidad y posteriormente declararse incompetente para conocer el asunto bajo el mismo argumento, porque tal y como lo consideraron el Juzgado de Unidad Judicial de Tocancipá – Gachancipá y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la Comisaria de Familia Uno de Tocancipá, había resuelto mediante fallo la actuación administrativa dentro de los cuatro meses señalados en el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia y la declaratoria de adoptabilidad corresponde exclusivamente al Defensor de Familia, según el artículo 98, inciso 2, del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, en lo referente a la presunta vulneración del derecho de los niños Antonio, Alejandro y Camila a tener una familia y no ser separados de ella, concretamente al no considerarse a la familia extensa, la Sala abordará el análisis destacando la participación de la misma en el proceso de restablecimiento de derechos promovido en favor de los mencionados niños y la actividad desplegada por las autoridades administrativas que lo tramitaron.

-El 11 de marzo de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá requirió a la Trabajadora Social, para que efectuara estudio socio familiar a la señora Teresa, como quiera que el señor Pedro manifestó su deseo de que la niña Camila fuera entregada a su hermana.

-El 26 de marzo de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaria de Familia de Tocancipá, realizó una entrevista a los señores Ana y Juan, tíos paternos de la niña Camila, quienes fueron a dicha entidad con el fin de conocer acerca de su situación, pues les había sido informado por parte de Marina que la niña iba a ser llevada al ICBF en Bogotá. La señora Ana expresa que ella y su familia están dispuestas a conformar el hogar que requiere Camila. Por su parte el señor Juan, manifiesta su interés en conocer sobre la situación de su sobrina y

tener información directa de la Comisaria de Familia con el fin de evitar interpretaciones erróneas respecto de la situación de la niña. Se programa como plan a seguir en el informe elaborado por la trabajadora social, entre otros, solicitar el estudio socio familiar a la Comisaria de la Familia de la señora Ana y realizar el estudio socio familiar de la señora Teresa.

-El 13 de abril de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaria de Familia de Tocancipá, realizó visita domiciliaria a la señora Teresa, para determinar su situación socio familiar “en aras de explorar la red familiar del señor Pedro con el fin de orientar la ubicación familiar de la niña Camila.” Ésta no se efectuó porque en el momento de la visita no se encontró a ninguna persona en la vivienda.

-El 30 de abril de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaria de Familia de Tocancipá, con el fin de identificar las condiciones de vida de la señora Teresa, hermana del señor Pedro y en aras de posibilitar la ubicación familiar de la niña Camila, realizó la visita domiciliaria a su vivienda. Según la mencionada profesional en el inmueble no se encontró a la señora Teresa, sin embargo su hijo Humberto, manifestó que su madre había expresado que no estaba interesada en recibir a la niña de Pedro.

- El día 18 de junio de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaria de Familia de Tocancipá, después de realizar visita domiciliaria a la vivienda de la familia de los niños Antonio, Alejandro y Camila e identificar un presunto abuso sexual por parte de Pedro y de su compañera permanente Marina hacia la niña Raquel con el fin “de preservar y garantizar los derechos de la niña Camila, quien se encuentra bajo medida de protección en hogar sustituto, y considerando que la situación actual impide el reintegro de la niña a su hogar de origen” presentó el informe de visita domiciliaria realizada el día 23 de abril de 2009 a la señora Ana, tía de la niña Camila, la cual se realizó con el fin de detectar la posible red de apoyo familiar para la misma, en el caso de que su familia de origen no estuviera en capacidad de ofrecer el bienestar y las condiciones necesarias para su cuidado y crianza. En el informe social elaborado por la mencionada profesional, si bien se destacan factores protectores al interior de la familia que posibilitan la ubicación de la niña en este hogar que brindaría condiciones de vida material y socio cultural adecuadas para el bienestar de la misma, se observa como aspecto negativo, el deseo de la señora Ana consistente en que ni Pedro, ni Marina, visiten a la niña en su hogar para evitar futuros problemas con ellos, por

cuanto conociendo a su hermano, ve la posibilidad de tener inconvenientes en la relación con él dado su carácter impulsivo y agresivo.

- El 4 de marzo de 2010, los señores Juan, Teresa y Ana y los señores Jairo e Iván, elevan una petición ante el Centro Zonal Zipaquirá del I.C.B.F. para que sean tenidos en cuenta dentro del procedimiento administrativo promovido en favor de los niños Antonio Alejandro y Camila y de manera preferente se permita el cuidado de ellos por parte de alguno.

-El 15 de marzo de 2010, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del I.C.B.F. responde la petición mencionada, señalando que la misma será atendida en el momento en que el señor Pedro, haga uso del recurso de reposición, contra la decisión que se profiera el día de la audiencia que se realizará el 19 de marzo de 2010.

-En efecto, el apoderado judicial del señor Pedro, interpuso el recurso de reposición contra la decisión adoptada el 19 de marzo de 2010, por medio de la cual se declaró en situación de adoptabilidad a los mencionados niños, entre otras razones porque no fue tomada en cuenta la familia extensa.

-El 23 de marzo de 2010, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá solicitó a la Trabajadora Social que realizara las visitas sociales a los señores Juan, Teresa y Ana y a los señores Jairo e Iván.

-La Trabajadora Social del ICBF, Centro Zonal Zipaquirá los días 30 de marzo y 5 de abril del año en curso realizó las visitas domiciliarias a los mencionados señores. En los distintos informes elaborados por dicha profesional, recurrentemente señala que los hermanos de Pedro temen por su agresividad, ya que han tenido varios problemas con ellos, pues pese a que lo han querido ayudar, brindándole colaboración en los momentos en que lo ha necesitado, no ha respondido de manera positiva ni responsable frente a la ayuda recibida.

Luego de la audiencia de fallo realizada en el ICBF, dicha trabajadora social destaca que Pedro acudió de forma desesperada a algunos de sus hermanos solicitando ayuda para recuperar a sus hijos, sin embargo es importante destacar el distanciamiento que caracteriza el trato que ha mantenido con su grupo familiar, por cuanto se fue para el Huila hace varios años y regresó cuando estaba en una difícil situación, pero, además, se advierte que él no ha hecho nada por restablecer la relación fraterna y adecuada con su grupo de hermanos

quienes manifiestan que la constante de Pedro ha sido la agresividad.

En conclusión, de manera general la trabajadora social expresó:

“Se estableció que los tíos paternos están actuando, como forma de presión, dando respuesta a la llamada de Pedro, quien no ha ejercido su rol paterno y protector toda vez que no ha demostrado estabilidad emocional, habitacional, laboral y económica durante el proceso adelantado, adicional a esto, se encontró otra constante como es la ausencia de vínculo afectivo por parte de los tíos hacia los niños y viceversa. Durante los cuatro meses del proceso de restablecimiento de derechos adelantado, Pedro no ha mostrado condiciones, responsabilidad e idoneidad para ejercer su rol, así mismo durante este proceso, los hermanos no se vincularon de forma voluntaria para asumir el cuidado de los niños, por el contrario su aporte es meramente coyuntural.

Igualmente y en relación a los niños, en el transcurso de su vida, no han tenido estabilidad a ningún nivel, siendo sometidos a vivir en diferentes lugares, con diferentes cuidadores y expuestos a todo tipo de vulneración de derechos, como por ejemplo el derecho a la identidad de Camila, quien tuvo que ser registrada (SIC) por orden de la Comisaria de Familia, así como el estado de salud en especial de la niña donde se evidenciaron rasgos de desnutrición; de igual forma la desprotección y abandono parte de la madre biológica, quien prefirió alejarse a (SIC) enfrentar la situación de sus hijos.”

-En la visita domiciliaria a la señora Teresa, la Trabajadora Social del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, consignó en el informe social lo siguiente:

“De acuerdo a lo encontrado en la visita y el estudio realizado, Teresa, NO observó vínculo afectivo con los niños Antonio, Alejandro y Camila, toda vez que no han tenido contacto frecuente.

Teresa es madre cabeza de familia con dos personas a cargo; su hija de 4 años y su mamá de 67 años, además vive con sus dos hijos mayores de edad, el espacio de la vivienda no es apto para recibir a un integrante más, Marina mamá de los dos niños pequeños vivió en casa de Teresa por unos 15 días aproximadamente, el tiempo compartido con esa familia fue corto, por lo cual tampoco se evidencia lazos afectivos fuertes. Teresa en su relato informó el temor que tiene por los constantes episodios de agresividad de Pedro, se evidenció que el

vínculo fraterno es débil, teniendo en cuenta el distanciamiento, debido a que Pedro se fue a vivir al Huila hace varios años.”

Concluye dicha profesional “por lo anterior y como trabajadora social no considero viable un reintegro familiar por las razones expuestas anteriormente.”

-En el informe social proyectado después de la visita domiciliaria al señor Juan, se consignó por parte de la trabajadora social del Centro Zonal Zipaquirá, lo siguiente:

“De acuerdo con lo encontrado en la visita y estudio realizado al núcleo familiar del señor Juan, es de mencionar que este tío aún teniendo conocimiento adelantado en la Comisaria de Familia de Tocancipá y de las condiciones y situación legal de los niños no se vinculó voluntariamente.

Respecto a la hija de Juan de la unión actual se encontró que entre otras razones enviaron a su hija a la Plata Huila con la abuela materna por la falta de tiempo de él y su compañera para el cuidado de María, lo que denota que en caso de asumir el cuidado de los sobrinos no tendrían la disponibilidad de tiempo para dedicar al cuidado y crianza y delegarían el cuidado a terceros la experiencia que hubo ya una vez en el cuidado de uno de los niños fue por dos meses, tiempo en el cual los escándalos proporcionados por Pedro bajo efectos de alcohol fueron constantes, por lo cual Juan expresó la incertidumbre frente a las reacciones de su hermano Pedro. Es de mencionar que no existe algún tipo afectivo entre el niño y este núcleo familiar.

Juan y su compañera no cuentan con el tiempo para asumir el cuidado de los niños, toda vez que a su hija María de 13 años la enviaron a la Plata Huila entre otras razones porque los padres no tienen tiempo para su cuidado y permanecía mucho tiempo sola, pese a haber tenido a Alejandro durante dos meses...de acuerdo con lo encontrado NO hay vínculo afectivo con los niños, no conocen a la niña pequeña. Así mismo Juan manifestó que su hermano Iván no está en condiciones de asumir el cuidado de los niños, porque vive solo y trabaja todo el día.”

Concluye dicha profesional “por lo anterior y como trabajadora social no considero viable un reintegro familiar por las razones expuestas anteriormente.”

-En el informe social elaborado después de la visita domiciliaria al señor Jairo, la trabajadora social indicó:

Considera la trabajadora social que tampoco es viable un reintegro familiar por las razones anteriormente expuestas.

-Una vez efectuada la visita domiciliaria a la señora Ana, la Trabajadora Social señaló:

“Ana proviene de hogar conformado, en donde a raíz del abandono de sus padres, se crió con la señora Leonor, vecina quien se hizo cargo de su cuidado y crianza, por tal razón argumenta el haber estado desligada de su grupo familiar biológico. En cuanto a su contacto con hermanos, expresa el haberse acercado con ellos esporádicamente y debido a la situación presentada y a la solicitud de Pedro su comunicación se ha incrementado, con el objetivo de buscar soluciones inmediatas.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la visita domiciliaria realizada, se encontró un grupo familiar nuclear, de seis personas. Allí se encuentran espacios únicamente para los miembros que conforman este grupo. Se indagó acerca de la posibilidad de hacerse cargo de sus sobrinos, a lo cual ella argumentó el encontrarse temerosa al igual que sus hijos y compañero, por la reacción (agresiones y posible rapto de los niños) de Pedro, argumentando ver en el un hombre inestable e impulsivo, lo cual generaría conflictos en su dinámica familiar. Al establecer las condiciones de un posible reintegro, advierte el requerir de garantías tales como: evitar agresiones por parte de Pedro hacia ella y su grupo familiar, apoyo económico por parte de sus demás hermanos y una custodia provisional de corto tiempo (6 meses), igualmente advierte no disponer de mayor tiempo para el cuidado de sus sobrinos, dadas las obligaciones familiares, económicas y de tiempo para ejercer la labor que desempeña de manera independiente en la fabricación de génovas, y queso de cabeza.

De esta manera se puede considerar que las condiciones evidenciadas por parte de la señora Ana, demuestran inestabilidad para los niños, siendo el factor fundamental la ausencia de vínculo y lazos estrechos, lo cual se corrobora en Ana al expresar al no conocer a los niños. Si bien expresa decisión, su compromiso no es consecuente frente a la magnitud de asumir la responsabilidad de custodia y cuidado permanente de sus sobrinos.”

(...)

“Para la Trabajadora Social teniendo en cuenta la posición indiferente al no manifestar explícitamente la intención de hacerse o no cargo de sus sobrinos y argumentar ‘que los funcionarios de ICBF tomen la decisión’, permite establecer una tendencia de la persona en mención a mantener una postura de apatía a asumir la custodia y cuidado personal.”

-El 3 de mayo de 2010, los señores Pedro y Teresa, presentaron oposición a la Resolución N° 032 del 6 de abril de 2010 por medio de la cual se confirmó en todas y en cada una de sus partes la Resolución N° 23 del 19 de marzo de 2010 en la que se declaró en situación de adoptabilidad a los niños Antonio, Alejandro y Camila. Entre otros alegatos, se expuso que no se consideraron “los argumentos esgrimidos por la Defensora Pública quien intervino en la audiencia en representación de la Defensoría del Pueblo, para solicitar que se restablecieran sus derechos, entregándoselos a la familia extensa representada, para ese momento, por las hermanas ANA Y TERESA, tías paternas biológicas de ellos.”

El escrito de oposición, se acompañó de declaraciones extra proceso de los señores, Teresa en la que manifiesta que está dispuesta a recibir a sus tres sobrinos en la casa y de Juan y Jairo en la que declaran que están decididos a colaborar económicamente con la persona que tome la custodia de los niños y la de Eduardo y Lucila, abuelos de los niños, en la que expresamente manifiestan que no están de acuerdo que sus nietos sean declarados en adopción.

-El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá, al conocer de la homologación respecto de la resolución N° 23 del 19 de marzo de 2010, en relación con la oposición presentada por la señora Teresa, señaló que “... no tiene interés para solicitar la homologación, pues de conformidad con el artículo 107 par. 1° del Código de la Infancia y la Adolescencia, sólo pueden oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación de los niños, y entratándose de familia extensa sólo cuando se encuentran bajo ubicación en medio familiar (art. 53 num. 3) y las tías paternas de los niños no han tenido, ni tienen el cuidado y crianza de los niños”, por consiguiente concluyó que la oposición presentada por Teresa no está llamada a prosperar.

-Para la Sala, el análisis de las distintas actuaciones desplegadas en el mencionado proceso administrativo tanto por la Comisaria de Familia de Tocancipá, como por el Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, refleja que los funcionarios han cumplido con el contenido esencial de sus

deberes en aras de garantizar el interés superior de los niños a favor de quienes se interpone el mecanismo de amparo. A juicio de este tribunal, la decisión de la medida protectora, consistente en que los niños deben ser declarados en situación de adoptabilidad y la posterior declaratoria de la misma encuentran plena justificación.

Lo anterior por cuanto tal y como quedó demostrado, las circunstancias que rodean al caso revelan, de manera categórica, que la familia extensa, representada por las señoras Ana y Teresa, no cumplen con las exigencias básicas para asegurar el interés superior de los niños, por el contrario, reintegrarlos a este medio familiar los expone a una serie de riesgos o peligros reales y concretos que se ciernen como amenaza sobre ellos.

Dicho riesgo, está representado, tal y como se desprende de los diferentes informes elaborados por la trabajadora social, de las visitas domiciliarias realizadas a los tíos paternos de los niños por la reacción (agresiones y posible rapto de éstos) por parte de su hermano Pedro, lo cual hace que todos teman por su agresividad, que ha ocasionado varios problemas con ellos y que ha generado comportamientos constitutivos de violencia intrafamiliar.

Para la Corte resulta significativo que precisamente la razón por la cual, el niño Antonio fue separado de su madre, la señora Aura, a quien le había sido asignada la custodia y posteriormente involucrado en el proceso de restablecimiento de derechos que se examina, obedeció a que él junto con su padre, el señor Pedro, en un día en que éste efectuaba una visita se hubiera marchado del lugar donde vivía, sin que la mencionada señora supiera de su paradero.

Además la Sala considera ambiguas las razones que verdaderamente motivaron a la familia extensa, particularmente a las señoras Teresa y Ana para solicitar la custodia de sus sobrinos a los que inclusive no conocen, lo anterior teniendo en cuenta, las observaciones realizadas en las visitas domiciliarias efectuadas por la trabajadora social que denotan que están actuando bajo presión dando respuesta a la llamada del señor Pedro quien acudió a sus hermanos para recuperar a sus hijos.

Recuérdese que según la jurisprudencia constitucional, las medidas estatales de intervención en la vida familiar protegida por el texto fundamental pueden arrojar como resultado final la separación del niño, niña y adolescente de su familia, cuando aquella no sea apta para cumplir con los deberes primordiales que le competen respecto del niño, niña y adolescente,

o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico; ello guarda correspondencia con lo dispuesto en el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual [l]os niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.”

Este tribunal ha precisado que “al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se han de tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar”; así, la jurisprudencia ha señalado que (1) existen circunstancias cuya simple comprobación es concluyente para adoptar una decisión contraria a la permanencia de un niño, niña y adolescente en determinada familia, por su gravedad, ello sucede con “(a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños”⁷⁶; (2) otras circunstancias, que representan razones suficientes para tomar tal decisión luego de un cuidadoso análisis de la situación específica del niño: “en esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres”⁷⁷; y (3) por último, ciertas circunstancias no son suficientes, en sí mismas, para separar a un niño de su familia: “así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando

especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando -entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño.”⁷⁸

Con todo, la Corte concluye que la actuación desplegada por la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF, garantizó el debido proceso del señor Pedro, padre de los niños Antonio, Alejandro y Camila y cuya condición de desplazado fue advertida por el Personero Municipal de Zipaquirá, quien funge como accionante en la tutela de referencia. Para la Sala, la condición de desplazado no tiene por sí sola la identidad suficiente para poder variar la decisión adoptada en el proceso de restablecimiento de derechos que se promovió en favor de los mencionados niños. Recuérdese que si bien el interés superior del niño, niña y adolescente permite armonizar sus derechos con los de otras personas, particularmente, los derechos de sus padres biológicos o los de crianza, en caso de presentarse un conflicto, la solución deberá ser la que satisfaga de una mejor manera el interés superior del niño, niña o adolescente.

Lo anterior sin llegar a desconocer que en general tanto las autoridades como los particulares tienen el compromiso de reconocer el deber de solidaridad frente a los desplazados, pues por sus condiciones de vulnerabilidad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y por lo tanto son merecedores de un trato especial.

Cabe anotar, que si bien se observó una irregularidad en el trámite del proceso de restablecimiento de derechos promovido en favor de Antonio relacionada con la falta de notificación personal de la apertura de la investigación a su progenitora, la señora Aura, y el incumplimiento de la obligación de establecer la identidad real del niño, omisión que fue advertida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Zipaquirá en el trámite de homologación de la Resolución N° 023 del 19 de marzo de 2010, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá del ICBF de acuerdo con la información allegada en sede de revisión subsanó dicha irregularidad en cumplimiento de la decisión adoptada por dicha autoridad judicial.

Por lo expuesto, esta Corte confirmará la sentencia del 14 de julio de 2010, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que confirmó, a su vez, la decisión dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, el 27 de mayo de 2010.

IV. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido, en segunda instancia, el 14 de julio de 2010, por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que confirmó, a su vez, la decisión dictada en primera instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá, el 27 de mayo de 2010.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En numerosas ocasiones esta Corporación cuando ha advertido la afectación de algunos de los derechos fundamentales de un niño, niña, o adolescente como consecuencia de la publicación de la información que se ventila dentro del trámite de la acción de tutela ha decidido suprimir de la providencia sus nombres verdaderos y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación con el propósito de mantenerlos en reserva. Véanse, entre otras, las sentencias: T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996; SU-337 de 1999, T-941 de 1999, T-1390 de 2000, T-510 de 2003, T-639 de 2006, T-794 de 2007, T-900 de 2007, T-302 de 2008, T-912 de 2008 y T-572 de 2010.

2 El expediente ingresó el 18 de mayo de 2010.

3 Véase, artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

4 Sentencia T-1121 de 2003.M.P. Álvaro Tafur Galvis.

6 Véanse, entre otras, las sentencias T-719 y T-789 de 2003.

7 “ARTÍCULO 123. HOMOLOGACIÓN DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD. La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane.”

8 Véase, Sentencia T-671 de agosto 31 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

11 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

12 Véanse, Sentencias T-329 de 1996, T-289 de 2003 y T-329 de 2004, entre otras.

13 “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”

14 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

15 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

16 T-1346 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En la sentencia T-268 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) se acogió la definición de desplazados que consagran los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno.

17 Los motivos y las manifestaciones de esta vulnerabilidad acentuada han sido caracterizados por la Corte desde diversas perspectivas. Así, por ejemplo, en la sentencia T-602 de 2003 se precisaron los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno dentro de los que se destacan “(i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) el desempleo, (iii) la pérdida del hogar, (iv) la marginación, (v) el incremento de la enfermedad y de la mortalidad, (vi) la inseguridad alimentaria, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, y (viii) la desarticulación social”, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida. Por otra parte, en la sentencia T-721 de 2003 (i) se señaló que la vulnerabilidad de los desplazados es reforzada por su proveniencia rural y (ii) se explicó el alcance de las repercusiones psicológicas que surte el desplazamiento y se subrayó la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el tratamiento de este problema, por la especial fuerza con la que afecta a las mujeres.

18 Ver, entre otras, las sentencias T-419 de 2003, SU-1150 de 2000.

19 Corte Constitucional, Sentencia SU-1150 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Sentencia T-215 de 2002, MP: Jaime Córdoba Triviño.

21 Sentencia T-098 de 2002, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Sentencia T-268 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

23 Sentencia T-669 de 2003, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

24 Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Véase, Sentencia T-972 del 18 de diciembre de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

26 Véase, Sentencia C-149 del 11 de marzo de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

27 Véase, Sentencia C-1064 del 16 de agosto de 2000. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

28 A través de la Ley 12 del 22 de enero de 1991, la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas fue incorporada a nuestro derecho interno.

29 Véase, Sentencia C-149 del 11 de marzo de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

30 Véase, Sentencia C-796 del 24 de agosto de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

31 Véase, Sentencia T-514 del 21 de septiembre de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

32 Véase, Sentencia T- 510 del 19 de agosto de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

33 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

34 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

35 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

36 Véase, Sentencia T-587 del 20 de octubre de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

37 Sentencia T-378 del 28 de agosto de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

38 Véase, Sentencia T-137 del 23 de febrero de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

39 Véase, Sentencia T-115 del 22 de febrero de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

40 Ibid.

41 Folio 1 del cuaderno I de la actuación administrativa.

42 Folios 4 a 6 del cuaderno I de la actuación administrativa.

43 Folio 3 del cuaderno I de la actuación administrativa.

44 Folios 8 y 9 del cuaderno I de la actuación administrativa.

45 Folios 10 y 11 del cuaderno I de la actuación administrativa.

46 Folios 13, 14, 15,16 y 17 del cuaderno I de la actuación administrativa.

47 En cumplimiento de dicha orden, a los niños a favor de quienes se interpone la acción de tutela se les efectuó la valoración de crecimiento y desarrollo. Folio 21 del cuaderno I de la actuación administrativa.

48 El día 25 de febrero de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, efectuó visita domiciliaria a los señores Pedro y Marina. Folios 22 a 26 del cuaderno I de la actuación administrativa.

El 4 de marzo de 2009, se realizó entrevista psicológica a los niños Antonio y Alejandro en compañía de su padre, el señor Pedro, en el consultorio de la Psicóloga de la Comisaría de Familia de Tocancipá. Folios 27 a 28 del cuaderno I de la actuación administrativa.

49 Folios 30, 31, 32, 33, 34, 35 del cuaderno I de la actuación administrativa.

50 Después de proferida la resolución mencionada, se ejecutaron, entre otras, las siguientes actuaciones:

-El 5 de marzo de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá solicitó al Registrador Municipal la inscripción en el registro civil de nacimiento a la niña Camila. Folio 38 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 11 de marzo de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá requirió a la Trabajadora Social que efectuara estudio socio familiar a la señora Teresa como quiera que el señor Pedro

manifestó su deseo de que la niña Camila fuera entregada a su hermana. Folio 39 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 13 de marzo de 2009 la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia, realizó visita domiciliaria a la señora Teresa con miras a la posible ubicación de la niña Camila. Sin embargo no fue posible concretarla porque la mencionada señora, según lo informó un hijo, se encontraba trabajando. Folio 41 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 14 de marzo de 2009, la Trabajadora Social realizó Visita domiciliaria a la vivienda de la pareja conformada por Pedro y Marina, ubicada en la vereda (...), Sector Tolima del municipio de Tocancipá. Folio 40 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 26 de marzo de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, realizó una entrevista a los señores Ana y Juan, quienes son tíos paternos de la niña Camila, porque fueron a dicha entidad con el fin de conocer acerca de la situación de la niña. Folios 44 y 45 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 1° de abril de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, realizó visita domiciliaria a la vivienda del señor Pedro ubicada en la vereda (...), Sector Tolima del municipio de Tocancipá. Folio 47 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 13 de abril de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, realizó visita domiciliaria a la señora Teresa para determinar su situación socio familiar “en aras de explorar la red familiar del señor Pedro con el fin de orientar la ubicación familiar de la niña Camila.” Ésta no se efectuó porque en el momento de la visita no se encontró a ninguna persona en la vivienda. Folio 48 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 13 de abril de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, con el fin de identificar las condiciones de vida de la señora Marina realizó visita domiciliaria a la vivienda del pastor de la iglesia Misionera Mundial, la cual no se hizo porque en el momento de la visita no se encontró a ninguna persona. Folio 49 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-Los días 23, 24 y 28 de abril de 2009 con el fin de realizar seguimiento a la situación socio familiar de la pareja conformada por Pedro y Marina, se realizaron visitas domiciliarias a la

vivienda ubicada en la vereda (...), Sector Tolima del municipio de Tocancipá. Folios 52 y 53 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 30 de abril de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, con el fin de identificar las condiciones de vida de la señora Teresa, hermana del señor Pedro y en aras de posibilitar la ubicación familiar de la niña Camila, realizó la visita domiciliar a [su] vivienda. Según la mencionada profesional en el inmueble no se encontró a la señora Teresa, sin embargo su hijo Humberto, manifestó que su madre había expresado que no estaba interesada en recibir a la niña de Pedro. Folio 51 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 11 de mayo de 2009 con el fin de orientar las pautas de organización familiar y promover cambios en el desempeño socio familiar de la señora Marina, se realizó reunión de equipo interdisciplinario el día 11 de mayo de 2009. Folios 61 y 61 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 14 de mayo de 2009 “con el fin de plantear, discutir y concertar un plan de tratamiento familiar con miras a fortalecer factores protectores y reducir factores de riesgo en la situación familiar que conlleven a la próxima reincorporación de la niña CAMILA, a su hogar de origen”, se realizó reunión del equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de Tocancipá con los señores Pedro y Marina. Folios 54, 55, 56 y 57 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El 22 de mayo de 2009, la Comisaria de Familia de Tocancipá dispone la práctica de las pruebas ordenadas en el Auto de fecha 23 de febrero de 2009 y la práctica de otras diligencias probatorias en Audiencia de pruebas y fallo, a llevarse a cabo el día 19 de junio de 2009 a las 4:00 P.M., como quiera que los señores PEDRO Y MARINA, progenitores de ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, no allegaron o aportaron pruebas que desearían hacer valer dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Folios 59 y 60 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-Los días 11 y 12 de junio de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá con el fin de realizar seguimiento al proceso de reintegro de la niña Camila a su hogar de origen, realizó visitas al hogar sustituto donde se encuentra la niña. Folios 64 y 65 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El día 16 de junio de 2009, la Psicóloga de la comisaría de Familia de Tocancipá presentó el Dictamen Pericial Psicológico que por su importancia será citado in extenso:

“ ...

II. MOTIVO DEL SEGUIMIENTO

Ante solicitud de la Comisaría de Familia, por continuar la niña Camila en protección del hogar sustituto, posterior a la entrega de los niños Antonio y Alejandro al señor Pedro, los dos niños son entregados al padre debido a que los mismos refieren el deseo de estar con su progenitor, la niña Camila continua en el hogar sustituto, ya que, el padre refiere imposibilidad para cuidarla, porque, él es hombre y le es difícil cuidar a la niña, hasta la edad de un año que tiene la niña él no le ha cambiado el pañal, él prefiere y es más fácil el cuidado de los hijos hombres, al de las mujeres y como al momento la compañera no esta viviendo con él se compromete con el cuidado de los niños Antonio y Alejandro solamente.

III. TRABAJO REALIZADO

Se realizó primera entrevista con el señor Pedro, donde relata, que la Comisaría de Familia le retiro a sus hijos debido a que tenía dificultades de pareja y un día su compañera MARINA se embriagó y llego a protagonizar escándalo en la casa, llamaron a la policía y la misma llamo a la Comisaría de Familia donde le retiraron a sus hijos, además comenta que su compañera MARINA tenía muchas dificultades con su hijo Antonio de siete años de edad, peleaban mucho y su compañera le pegaba, por ello ellos tenían dificultades de pareja; en la entrevista PEDRO relata aspectos generales de la convivencia con MARINA donde manifiesta que han tenido problemas con su compañera MARINA, ella se ha ido de lado de él y ha manejado la prostitución delante de su hijo ALEJANDRO que para esa época era un bebe, en esa ocasión del I.C.B.F. de la localidad donde vivían le retiró el niño a la progenitora y se los entregaron a él, ya que, él realizó todo lo que estuvo a su alcance para rescatarlo, posteriormente volvió a vivir con MARINA, y para evitar más dificultades y con la posibilidad de hacer una vida diferente, se vinieron a vivir a este Municipio de TOCANCIPA, pero siguieron las dificultades entre MARINA y su hijo Antonio y por esta causa las peleas continuaron, además se presento otra dificultad en la empresa donde Pedro trabajó donde sufriera un accidente craneoencefálico, lo despidieron de la empresa y atravesó un tiempo en que manejo dificultades comportamentales, que al fin fueron atendidas por un Neurólogo y al momento

supero esta situación, lo cual le posibilitó el volver a trabajar para seguir respondiendo por sus hijos, siempre ha recibido el apoyo de su familia.

Se cita a la compañera de PEDRO, la señora MARINA, en entrevista ella manifiesta “Yo no quiero volver a ver a Pedro, yo estoy de mal genio con él, porque, él me dijo que me iba a quitar a Camila, además, yo no quiero vivir más con ese señor”.

Pasado un tiempo más o menos de un mes, PEDRO refiere ‘Marina ya volvió a la casa con los niños, nosotros hablamos con un pastor, estamos yendo a la iglesia y han empezado a cambiar las cosas con la familia, teniendo en cuenta los anteriores aspectos se continúa reforzando las estrategias para vincular a la pareja en un proceso donde se manejen aspectos familiares y de relación con vincularidad afectiva con él propósito de que la niña CAMILA por existir al momento un papá y una mamá nuevamente juntos se vea la posibilidad de regresarla al hogar, para ello se cita la pareja, los dos asisten, explicando el proceso de tratamiento a seguir con el acompañamiento de trabajo social, en esta sesión, Pedro dice que sus compañera es la que debe asistir, ya que, él por razones laborales no podrá dar cumplimiento a las citas, con esto se continúa trabajo con la pareja incluyendo a Pedro, al final Marina asume la responsabilidad del proceso y Pedro se aísla del proceso dejando toda la responsabilidad de cumplimiento a citas y actuaciones a su compañera.’

En la entrevistas y sesiones realizadas con Marina ella relata aspectos relacionados con su proceso de vida los cuales se resumen en: ‘víctima de violación y violencia intrafamiliar por parte de su progenitor, abandono de la progenitora, inicio de vida laboral desde los 12 años en casas de familia, trabajo en casa de citas, posteriormente nuevamente se presenta violación, luego conoció a PEDRO, su actual compañero permanente, de esta relación nació su primer hijo ALEJANDRO, ella se fue del lado de él con el niño y se puso a trabajar en una casa de citas, el I.C.B.F. le quito al niño y se lo regreso al progenitor, ella volvió nuevamente con su compañero y siguieron viviendo juntos, nació su segunda hija Camila y se vinieron para Tocancipá, porque la familia de Pedro les iba a colaborar en este municipio, MARINA relata que por las dificultades nuevamente con Pedro, ella volvió a tomar y comenzó el aburrimiento, por eso la pelea que tuvieron, luego MARINA cuenta que Pedro le saco la maleta de la casa, a ella le dio rabia y se fue no queriendo vivir más con él pero luego recapacitó por sus hijos y volvió a la casa y su deseo es continuar viviendo con Pedro.’

En el proceso psicológico se remitió a MARINA a valoración de terapia ocupacional debido a que en consulta se realizó una caracterización en su nivel intelectual y emocional donde se analizaron debilidades en este aspecto, los resultados de la profesional en Terapia Ocupacional (anexo informe Terapia Ocupacional) arrojaron como resultado una marcada evidencia en privación psicoafectiva, recomendando validación escolar, estos aspectos se tuvieron en cuenta en las sesiones realizadas donde se continuó el trabajo con la señora MARINA a lo cual respondió de forma positiva, ajustándose siempre a los requerimientos del proyecto de vida y las metas a cumplir a corto y largo plazo; en este sentido y como se tenía que generar tiempo para realizar dichas actividades Pedro manifestó su anuencia para que MARINA realizaré estas acciones, sin que el tiempo se cruzara con la organización de los niños, para lo cual se maneja un cronograma conjuntamente con el área de trabajo Social, al inicio el programa se cumplió a cabalidad, posteriormente cuando se enfatizó en que se iba a trabajar de forma más persistente, que se estaba dando la posibilidad de regresar a la niña Camila a su hogar, es aquí donde se empiezan a observar debilidades, donde el equipo de la Comisaría de Familia se reúne y empieza a notar algunas inconsistencias en la parte de higiene de la casa de la pareja y los niños, además cuando Camila regresa nuevamente al hogar de la familia sustituta manifiesta signos de diarrea y se dio bajo peso, lo cual dio como resultado que como la pareja ya sabía que le iban a regresar a su hija bajo su nivel y MARINA empezó a reducir en el cumplimiento de las actividades propuestas descuidándose en el nivel que iba.

VI. CONCEPTO Y COMENTARIOS

En el trabajo realizado con la pareja de PEDRO y MARINA se vinieron observando ciertas historias de vida que han afectado el desarrollo normal de los niños; por parte de Pedro a inicio del tratamiento psicológico de observo muy condescendiente y colaborador, en lo que se refería a mantener el cuidado custodia de sus hijos ANTONIO y ALEJANDRO, dejando claro que él no se podía hacer responsable también del cuidado de la niña, ya que, no tenía la destreza de cuidar a niñas y esto no le permitía tener la confianza para responder por todos los cuidados que una niña mujer necesita, por tal motivo él seguirá respondiendo por los dos niños; posteriormente regresa nuevamente MARINA al hogar y esto le da la posibilidad a la pareja de reunir esfuerzos para reclamar a la niña. Allí MARINA inicia el proceso y PEDRO, deja el compromiso y responsabilidad de los cambios en su compañera permanente, con la cual se trabaja analizando que la señora MARINA, tiene falencias en su aprendizaje y en la

posibilidad de dar respuestas a situaciones hogareñas, se realiza un trabajo multidisciplinario y permanente, con trabajo social, terapia ocupacional y Psicología donde se refuerzan aspectos de autoestima, valoración personal, toma de decisiones, manejo de conflictos y soluciones, aspectos del comportamiento que se han visto alterados, en la historia de vida de MARINA, ya que, por el relato de su vida, ella fue víctima en varias ocasiones de violación, trabajos en casa de citas, violencia intrafamiliar, salida de su casa a edad muy temprana, abandono de su familia, por tal motivo, estos aspectos la hacen una persona de alta vulnerabilidad necesitando apoyo integral en sus falencias, a lo cual respondió de forma positiva cumpliendo con las actividades propuestas por las tres áreas de trabajo.

Por último aunque PEDRO no hizo el acompañamiento consecutivo a la par del proceso de su compañera y aunque se observó por parte del equipo que en el trabajo final en el cual se debía reforzar actividades referentes al acercamiento con Camila, en afectividad, nutrición, responsabilidad, la niña CAMILA regresaba al hogar sustituto con algunas dificultades e irritabilidad, físicas como diarrea y otros aspectos en los cuales se notaba aparente descuido, se manejaron estos aspectos con el ánimo de reforzarlos que se diera finalmente la entrega de la niña a su hogar de origen; donde se debe continuar con el seguimiento en Psicología profundizando en aspectos de personalidad en Marina, vincularidad familiar, responsabilidades hogareñas por parte no solo de una persona, sino conjuntamente con la pareja, por un lapso de seis meses”.

-El día 18 de junio de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá, realizó visita domiciliaria a la vivienda de la familia ubicada en la vereda... del municipio de Tocancipá, en la que se identificó presunto abuso sexual por parte de Pedro y de su compañera permanente Marina hacia la niña Raquel. Folios 72 y 73 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-Por el hecho mencionado anteriormente y con el fin “de preservar y garantizar los derechos de la niña Camila quien se encuentra bajo medida de protección en el Hogar Sustituto, y considerando que la situación actual impide el reintegro de la niña Camila a su hogar de origen” la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia de Tocancipá presentó el informe de visita domiciliaria realizada el día 23 de abril de 2009 a la señora Ana, Tía de la niña Camila, la cual se realizó con el fin de detectar la posible red de apoyo familiar para la misma en el caso de que su familia de origen no estuviera en capacidad de ofrecer el bienestar y las

condiciones necesarias para su cuidado y crianza. Folios 74, 75, 76 y 77 del cuaderno I de la actuación administrativa.

-El día 19 de junio de 2009, la Trabajadora Social de la Comisaría de Familia, profiere el Concepto de Trabajo Social sobre Situación Familiar de Pedro y Marina, el cual textualmente dice: 'Familia padrastral simple, en unión libre unida por vínculos consanguíneos de primer grado y vínculos afectivos fuertes, con red de apoyo social y familiar adecuada a sus necesidades; dinámica familiar orientada fundamentalmente por creencia, pautas de crianza, ejercicio de autoridad y modos de resolución de conflictos que son definidos por el señor Pedro y aceptados mediante actitud dependiente y acrítica por parte de la señora Marina.

Historia de vida familiar asociada a antecedentes regionales de conflicto armado en su sitio de procedencia y que genera migración al Municipio de Tocancipá.

Familia con alto grado de vulnerabilidad socio cultural por prácticas sexuales que amenazan la integridad personal de los hijos y vulneran el mismo derecho a otra menor de edad, lo que conlleva a una intervención de interfax.'

51 Folios 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 88 del cuaderno I de la actuación administrativa.

52 El 19 de junio de 2010, se efectuó la diligencia de entrega de los niños Antonio, Alejandro y Camila a un hogar sustituto. Folio 89 del cuaderno I de la actuación administrativa.

53 De acuerdo con el informe secretarial de fecha 26 de junio de 2009, venció el término para presentar el recurso de reposición contra el fallo de fecha 19 de junio de 2009, "no habiéndose allegado ningún recurso." Folio 91 del cuaderno I de la actuación administrativa.

54 Folio 1 del cuaderno II de la actuación administrativa.

55 Folio 3 del cuaderno II de la actuación administrativa.

56 Folio 5 del cuaderno II de la actuación administrativa.

57 Folios 6, 7 y 8 del cuaderno II de la actuación administrativa.

58 Folios 31-37 del cuaderno II de la actuación administrativa.

59 Folios 9, 10, 11, 12,13 y 14 del cuaderno II de la actuación administrativa.

60 Folios 15 y 16 del cuaderno II de la actuación administrativa.

61 Folio 17 del cuaderno II de la actuación administrativa.

62 Folio 48 del cuaderno II de la actuación administrativa.

63 Folio 57 del cuaderno II de la actuación administrativa.

64 El 24 de febrero de 2010, la señora Aura, en calidad de madre biológica del niño “ANTONIO” rindió declaración sobre los hechos que dieron origen a la medida de protección a su hijo. Además, la Defensora de Familia del Centro Zonal Zipaquirá, solicitó al Centro Zonal Garzón, realizar visita e informe social a la mencionada señora. Folios 52, 53 54, 55, 56, 57 y 58 del cuaderno II de la actuación administrativa.

65 En dicha audiencia, el apoderado judicial del señor Pedro, solicitó la nulidad del proceso por falta de notificación de la señora Aura, madre biológica del niño Antonio y porque no fue tomada en cuenta la familia extensa del señor Pedro en la decisión adoptada por la Comisaría de Familia de Zipaquirá. Solicitud que fue coadyuvada por la representante de la Defensoría del Pueblo -Regional Cundinamarca-. Esta solicitud la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá del ICBF, la rechazó de plano. Folios 97 a 116 del cuaderno II de la actuación administrativa.

66 Folios 116 a 126 del cuaderno II de la actuación administrativa.

67 En síntesis la señora Aura, interpuso el recurso de reposición contra dicha resolución porque no fue notificada de la actuación administrativa iniciada por la Comisaría de Familia de Tocancipá; el apoderado judicial del señor Pedro, señaló que se desconocieron los términos del artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 y no se tuvo en cuenta la familia extensa, destaca que no sólo la autoridad administrativa que haya adoptado la medida de protección podrá modificarla o suspenderla porque una interpretación en dicho sentido del artículo 103 del Código de la Infancia y de la Adolescencia vulneraría los derechos de los niños ; la Representante de la Defensoría del Pueblo -Regional Cundinamarca- argumentó que no se

tuvo en cuenta la existencia de la familia extensa.

Como uno de los argumentos expuestos por el apoderado judicial del señor Pedro en el recurso de reposición consistió en que no se tuvo en cuenta la familia extensa, el 23 de marzo de 2010, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Zipaquirá solicitó a la Trabajadora Social que realizara las visitas sociales a los señores Juan, Teresa, Ana, Jairo e Iván. Folio 127 del cuaderno II de la actuación administrativa.

La Trabajadora Social del ICBF, Centro Zonal Zipaquirá los días 30 de marzo y 5 de abril del año en curso realizó las visitas domiciliarias a los señores Juan, Teresa, Ana y Jairo. Folios 131 a 152 del cuaderno II de la actuación administrativa.

68 La Defensora de Familia del ICBF, Centro Zonal Zipaquirá confirmó la Resolución N° 23 del 19 de marzo de 2010, en síntesis, bajo los siguientes argumentos:

-Si bien es cierto la señora Aura, durante la actuación administrativa adelantada por la Comisaría de Familia de Tocancipá , no fue notificada en legal forma como representante legal y madre biológica del niño Antonio, la defensoría saneo el procedimiento ordenando notificar de acuerdo con lo establecido en el artículo 318 del C.P.C. Posteriormente cuando la mencionada señora se presentó en el ICBF Centro Zonal Zipaquirá, se procedió a notificarla personalmente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y a escucharla en declaración sobre los hechos que dieron origen al ingreso de su hijo al instituto.

Además, se le realizó visita domiciliaria de la cual se desprende que no obstante contar con condiciones para recibir a su hijo, no se encuentran preparados como pareja [ella y su actual compañero permanente] para recibir al niño observándose predisposición por parte del compañero por los antecedentes cuando Antonio se encontraba bajo su cuidado y al ejercer la autoridad o algún método correctivo esto generaba conflictos en la dinámica relacional de pareja. De otra parte, el hecho de que su otro hijo, se encuentre todavía al cuidado de su abuela materna refleja desmotivación de Aura para asumir su rol de manera directa frente a sus hijos mayores.

-En torno al argumento según el cual, se consideran nulas de pleno derecho la Resoluciones del 19 de junio de 2009 y 19 de marzo de 2010 por no haberse tenido en cuenta la familia extensa ni a la madre del niño Antonio, se tiene que tal y como se señaló en la audiencia, la

causal debe ser alegada por la parte afectada que en este caso es la señora Aura, quien no lo hizo. Respecto de la familia extensa, la defensoría señala que tal y como consta en el expediente, por parte de la Comisaría de Familia de Tocancipá se efectuaron dos visitas con el fin de contactar a la señora Teresa quien no se encontró en la vivienda ni tampoco mostró un interés en apoyar el cuidado de los niños. Además en el informativo reposa informe psicológico, efectuado a la señora Ana y a su grupo familiar, en el que se observa que únicamente expresó interés en asumir el cuidado de la niña Camila con el compromiso que en el evento de recibir a la niña le fuera prohibido las visitas al señor Pedro y a Marina, debido a los episodios de conflicto y agresividad generados por el mencionado señor.

-Sostiene que en el presente caso no puede entrar a modificar o suspender una medida de protección que de manera provisional profirió la Comisaría de Familia de Tocancipá por cuanto de la investigación que allí se adelantó se concluyó que para darse un verdadero restablecimiento de derechos debía declararse la adoptabilidad de los niños, función que es exclusiva del defensor de familia.

-Respecto de los argumentos esbozados por la Defensora Pública, esta Defensoría ordenó se efectuaran las visitas sociales a los miembros de la familia extensa por línea paterna por parte de la Trabajadora Social.

Concluyó la Defensora de Familia, Centro Zonal de Zipaquirá:

-“Así las cosas, la medida de restablecimiento de derechos ordenada, no obedece al capricho de la Defensoría, ni a una retaliación con los padres biológicos de los niños; sino que por el contrario encuentra sustento jurídico en el principio constitucional de la prevalencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, máxime cuando el mismo postulado ius-filosófico es reiterado por el artículo 9° de la Ley 1098 de 1098 (sic) (Código de la Infancia y de la Adolescencia), pues guarda proporcionalidad con la obligación estatal de brindar amparo a todo niño, niña y adolescente para protegerle contra toda forma de perjuicio o abuso físico, o mental (sic) descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, el abuso sexual, abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención, así como el derecho que les asiste a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; por tal razón se protegió el derecho de los niños a crecer en el seno

de una familia que garantice su bienestar físico y emocional, con el adecuado desarrollo intelectual, moral y social, considerando viable la declaratoria de adoptabilidad para los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), dada la negligencia, ineptitud, desabrigo y los tratos crueles y humillantes por parte de sus progenitores para asumir el cumplimiento de sus obligaciones, infringiéndose así condiciones de inobservancia, amenaza y vulneración.

Existe entonces sobre los argumentos del recurso una duda razonable por las manifestaciones y actuaciones de los señores AURA Y PEDRO, ya que de los mismos se desprende como constante la negligencia, el abuso, el maltrato físico y psicológico y sobre todo el desinterés en realizar gestiones que conlleven a un mejoramiento de la calidad de vida que redunde en beneficio de sus hijos. Así mismo, estas circunstancias refuerzan y obligan aún más el interés filantrópico de resolver esas dudas a favor de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, dando preponderancia al interés de los mismos, sobre los de su familia, para asegurarles un desarrollo armónico, integral, normal y sano, desde lo físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad, pues permitir a los señores AURA y PEDRO, ejercer sus derechos de padres, es atentar contra el bienestar de los niños, pues se pondría en riesgo su integridad no solo física, sino también psicológica.

-Por otra parte cabe precisar que el determinante para la separación de los niños del núcleo familiar lo constituye el hecho de la negligencia y descuido por parte de sus progenitores, así como los frecuentes episodios de violencia intrafamiliar de Pedro hacia su pareja, el maltrato físico y psicológico hacia sus hijos, las presuntas denuncias por actos sexuales abusivos con menor de edad por parte de Pedro y la carencia de un empleo estable que pueda garantizar el mínimo vital de los niños, son a nuestro juicio practicas poco sanas para ellos ya que las mismas conllevaron a que los niños se vieran afectados psicológicamente y a que se les vulneraran derechos fundamentales de los mismos. Así mismo, se pudo verificar que a pesar que la señora Marina realizó el proceso de orientación psicosocial, no logró materializar los cambios para constituirse en figura garantes de los derechos de sus hijos. Se suma, a esto, que la familia extensa se presenta coaccionada, no se evidenció una buena relación con el señor Pedro, ni vinculo hacia los niños, y tampoco se encontró que tuvieran la disposición, condiciones y compromiso para garantizar de manera integral los derechos de los menores.

Que latentes como están los factores de riesgo y analizados bajo criterios de vulnerabilidad - generatividad, y que en defensa del interés superior de los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA, es inaceptable despojar a éstos del goce de derechos reconocidos constitucional y legalmente, para dar cabida al capricho de los padres de los mismos, de tenerlos a su lado, bajo un anormal ejercicio de los derechos de la patria potestad...”.

Que como consecuencia de lo anterior, se configura la excepción legal al derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, pues estos antecedentes no dejan vislumbrar una figura protectora y un entorno para los niños ANTONIO, ALEJANDRO Y CAMILA. Que garantice a éstos el poder crecer en un ambiente de oportunidades favorable a su desarrollo integral, configurándose como una negación al principio de responsabilidad parental que amerita una pronta y oportuna atención del Estado, en virtud del principio de solidaridad para con los asociados y que en el caso sub-examine, tiene por finalidad única protegerlas, permitiéndoles desenvolverse adecuadamente en un ambiente donde el afecto, el amor, la comprensión y la protección sean los parámetros de convivencia, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en Sentencia T-137 de 2006.” 68 Folios 153 a 167 del cuaderno II de la actuación administrativa.

69 Folios 168 y 171 del cuaderno II de la actuación administrativa.

70 Para el apoderado judicial del señor Pedro, la Defensora de Familia de Zipaquirá, incurrió en violación al debido proceso, porque:

“(i) No restableció los derechos de los tres menores, insistiendo en un proceso que no había cumplido con las etapas legales del trámite, toda vez que, como se desprende de las valoraciones y demás actuaciones realizadas por el equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de Tocancipá, lo que la sicóloga y la trabajadora social concluían y aconsejaban no era otra cosa que la entrega de los tres niños, inicialmente a sus padres o a la familia extensa, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 1098/06. En ningún momento, ellas sugirieron siquiera que fueran adoptados, hasta el punto que, en la audiencia pública, las dos mostraron su extrañeza por el rumbo (adopción) que la Comisaría y la defensoría le habían dado a este asunto.

(ii) Se extralimitó en sus funciones al expedir las resoluciones 023 del 19 de marzo/10 y 032 del 6 de abril/10, por fuera de los cuatro (4) meses previstos en el parágrafo 2 del art. 100

de la ley 1098 de 2006, cuando había perdido la competencia para declarar la adoptabilidad desde el 9 de julio de 2009, fecha en que esa defensoría recibió el expediente de la Comisaría de Familia de Tocancipá. Es extraño que si ella misma lo devolvió al lugar de origen, declarándose incompetente por vencimiento del término en comento, venga ahora, después de más de un año, a tratar de sanear lo insaneable, por ser de nulidad absoluta como lo señala el inciso final del art. 144 del C. P. C., con su extemporáneo resolutivo de adopción.

(iii) Expidió, ligeramente, esas trascendentales resoluciones que involucraban la vida futura de los tres menores, sin considerar los argumentos esgrimidos por la Defensoría del Pueblo, para pedir que se restablecieran sus derechos, entregándoselos a la familia extensa, representada, para ese momento, por las hermanas ANA Y TERESA, tías paternas biológicas de ellos”.

Por su parte, la señora Aura, se opuso a la declaratoria de adoptabilidad de su hijo Antonio, en síntesis:

-Porque todos los funcionarios asumieron que el núcleo familiar conformado por el señor Pedro, la señora Marina y sus dos hijos Alejandro y Camila constituían el seno familiar de origen de Antonio. “... en ninguna parte hay siquiera indicio de que alguno de los funcionarios a los que les era pertinente hubiera indagado acerca de la madre biológica del niño ni las circunstancias en se separó de ella para terminar en el seno de la familia..., como quiera que era evidente que la señora Marina no era la madre biológica.”

-“Casi un año y medio después de sucedido el incidente que llevó a la Comisaría de Familia de Tocancipá a realizar su intervención y más de seis meses después de que lo hizo la Defensoría de Familia de Zipaquirá, se cobró por fin interés en la madre biológica del niño, y sólo para efectos de tipo meramente procedimental..”

-Señala que “se violaron los mandatos legales establecidos en las dos citas normas, habida cuenta que la familia de origen de Antonio no era otra que la suscrita, por ser si madre biológica, y su menor hermano Sebastián. Ello queda plenamente establecido si se atiende el hecho que la Defensoría de Familia de Garzón (Huila), esto es ni más ni menos que el propio ICBF, había reiterado la conservación, de mi parte, de la patria potestad de sus dos menores hijos. Esto, como ya he dicho, se corrobora además en la Resolución N° 032 que resuelve el

recurso de reposición, en la cual su propio Despacho acepta de manera expresa que yo soy la representante legal del niño. No puede entonces conciliarse el hecho de que yo ostente la patria potestad y la representación legal de mi hijo Antonio y que no sea a mi lado que se encuentre su seno familiar de origen. De haber actuado los funcionarios ceñidos a la ley, es decir, habiendo hecho lo necesario para indagar por las circunstancias en que mi hijo se alejó del seno familiar de origen que se hubiese determinado claramente que ella se hizo sin mi consentimiento y que en los eventos que motivaron la intervención del ICBF, la suscrita fue totalmente ajena. Correspondía y corresponde, entonces, que se restablezcan sí los derechos de mi hijo Antonio, pero que se haga ubicándolo en su familia de origen, esto es en mi compañía y la de su hermano.”

-Concluye que “se ha presentado además una situación de evidente justicia, que se acentúa aún más si se tiene en cuenta e hecho de que frente a las personas que vulneraron de pleno los derechos de mi hijo Antonio, esto es el señor Pedro y su compañera actual la señora Marina, el ICBF, por intermedio de la Defensoría de Familia, desplegó todos los mecanismos de garantía, protección y restablecimiento de los derechos tendientes a mantener ese hogar, pero no ha ocurrido lo mismo con respecto a mí y a mis dos menores hijos Antonio y Sebastián. En otras palabras, se está extendiendo a la suscrita y al niño Sebastián una sanción que no nos corresponde, representada en sustraernos de manera definitiva la presencia de nuestro amado Antonio, que se supone solo debería proceder una vez intentados todos los demás mecanismos. Es claro que éstos e intentaron respecto del hogar conformado por Pedro y Marina, pero no así respecto de mí y mi hijo Sebastián. Si bien la medida de protección de la adopción bien puede justificarse plenamente desde el punto de vista de aquel hogar, no tiene ningún sustento fáctico ni jurídico respecto de mi actual hogar, frente al cual sólo se realizó una mera visita de verificación y no se le desplegaron todos los mecanismos de ayuda y acompañamiento que sí se proporcionaron a quienes evidentemente actuaron de manera dolosa.” Folios 184 a 191 y folios 199 a 201 del cuaderno II de la actuación administrativa.

71 El Juzgado de Primero de Familia de Zipaquirá, fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

-“... en el proceso administrativo se les respetó a lo s señores Pedro y Marina – progenitores, el derecho de defensa, se les escuchó en declaración, se les resolvió los recursos

interpuestos oportunamente, se les dio alternativas de acción y compromisos, se les hizo seguimiento y se les dio una nueva oportunidad de tener y cuidar a los niños, pues la Comisaría de Familia de Tocancipá (Cund.) en Resolución emitida el 5 de marzo de 2009, ordenó el reintegro de los niños Antonio y Alejandro a su hogar de origen, oportunidad que desaprovecharon e incumplieron compromisos y vulneraron nuevamente los derechos de los niños, en la que se vio involucrada una adolescente quien debió formular el (SIC) respectivo (SIC) denuncia (SIC) con el acompañamiento del ICBF, por lo que se modificó la medida a la de protección provisional en hogar sustituto.”

-“Respecto del niño Antonio, hijo de Pedro y Aura, nació el 13 de mayo de 2001, a quien su padre y su compañera le vulneraron sus derechos, por lo cual entró en protección y el Estado por intermedio del I.C.B.F. le restauró su derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, y demás; sin embargo en el proceso administrativo se violó el debido proceso, toda vez que omitió notificar la apertura de la investigación en forma personal a su progenitora, quien, si bien es cierto se identificó como Aura con C.C...y en el registro civil de nacimiento aparece como Aura sin identificación, también lo es que es obligación de la autoridad administrativa establecer la identidad real del niño, protegiéndole su derecho a la identidad, además desde un principio al niño se le identificó incorrectamente, pues desde que se abrió el proceso se le llamó Antonio, hijo de Pedro y Marina, cuando, realmente es hijo de Aura conforme se establece de las fotocopias del registro civil de nacimiento vistas a folio 58 y 183, y aunque la Defensora de Familia en auto del fecha 4 de enero de 2010, ordenó sanear las diligencias, también lo es que le notificaron el auto de avocar conocimiento, más no el de apertura de la investigación; error que se volvió a cometer en la resolución de declaratoria de adoptabilidad, ya que se declaró en adoptabilidad al niño Antonio y se le ordenó como medida de restablecimiento de los derechos la adopción del niño Antonio.”

-Y concluyó:

“Así las cosas, resaltadas y analizadas se concluye que la oposición presentada por el señor Pedro no tiene asidero legal, ni jurídico, al señalar que se le violó el debido proceso, pues tanto la comisaría de familia de Tocancipá (Cund.) como la Defensora de Familia del I.C.B.F. Centro Zonal Zipaquirá son competentes para conocer del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños Antonio, Alejandro y Camila y así lo confirmó el Consejo de Estado al dirimir el conflicto de competencia en éste proceso; igualmente se

cumplió cabalmente con las etapas procesales, se practicaron pruebas, aún más, se le hicieron seguimientos, se les impuso alternativas de acción con señalamiento de actividad, se les establecieron compromisos y se les dio nuevamente la oportunidad de tener a sus hijos y garantizarles sus derechos, reintegrándolos y entregándoles a Antonio y Alejandro. Sin embargo, nuevamente les vulneró sus derechos, e incumplieron sus responsabilidades, para finalmente en audiencia del 19 de marzo de 2010 mediante la Resolución N° 023, se les declaró en adoptabilidad, ordenando como medida de restablecimiento la adopción; medida a la cual se opone el progenitor quien tiene la legitimad para hacerlo, más no aportó pruebas que demostraran que las circunstancias hayan cambiado y que están en condiciones de garantizar la realización y el ejercicio de los derechos de los niños. Sino que quieren que sea la familia extensa paterna la que se comprometa a respetar y garantizar los derechos de sus hijos; sin embargo de acuerdo a las leyes sustanciales y procesales, ésta no es la llamada a ejercer la patria potestad ni tienen interés para solicitar la homologación, pues de conformidad con el art. 107 par. 1° del Código de la Infancia y de la Adolescencia, sólo pueden oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación de los niños, y tratándose de familia extensa sólo cuando encuentren bajo ubicación en medio familiar (art. 53 nral 3°) y las tías paternas de los niños no han tenido, ni tienen el cuidado de los niños; por consiguiente, la oposición de los señores Pedro y Teresa no están llamadas a prosperar, debiéndose homologar la resolución de declaratoria de adoptabilidad con respecto a los niños Alejandro y Camila.”

-“En cuanto al niño Antonio concluimos que no sólo el padre, sino también la compañera de éste, Marina, le vulneraron sus derechos, al retirarlo de su progenitora sin su consentimiento, ni previo aviso y quien ostentaba la custodia, y éste tenía reguladas visitas por lo cual le formuló denuncia penal (folios 185 a 196) y no permitir contacto y mantenerlo alejado de ella, no darle buena calidad de vida sino todo lo contrario, lo maltrataban, le daban mal ejemplo, según las visitas e informes sociales realizadas al hogar de éste, como también le violaron a él y a sus hermanos el derecho a una alimentación nutritiva y al vestuario adecuado, a un ambiente sano, al encontrárseles sucios y desnutridos, y en una vivienda en pésimas condiciones de higiene; y si bien es cierto, tienen derecho a no ser separados de su familia, lo que su padre ya había hecho con respecto a su progenitora, el señor Pedro y la familia por el conformada, no garantiza a ninguno de sus hijos las condiciones para su realización y el ejercicio de sus derechos, además, a la progenitora de Antonio le desconocieron su derecho de defensa, vulnerándole el derecho al debido proceso, pues no le

enteraron de la apertura de la investigación, ni le dieron el término para solicitar pruebas; y aunque la escucharon en el curso del proceso, se opuso a la declaratoria de adoptabilidad, aportó las pruebas de sus afirmaciones y le practicaron visita social en la que se estableció la existencia y condiciones de vida de su familia configurada por el hermano Sebastián, a más de que se erró en la identificación del niño desde el comienzo del proceso y no se le estableció la filiación real con respecto a la madre; por lo cual, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del C.I.A. se deberá devolver el expediente a la Defensora de Familia, para que sólo con respecto a la actuación y resolución emitida la declaratoria de adoptabilidad y la medida de adopción impuesta al niño Antonio, se proceda a subsanar el proceso, estableciendo y señalando la verdadera filiación e identidad del niño, respetando los términos y notificaciones, el debido proceso, el derecho de defensa, conforme lo señala la Ley Sustancial Civil y Procesal Civil y la de la Infancia y Adolescencia.” Folios 9-21 del cuaderno II del expediente T-2.761.573.

72 Folio 23 del cuaderno II del expediente T-2.761.573.

73 Los niños fueron llevados a un hogar sustituto el 22 de febrero de 2009 porque la señora Marina manifestó que no contaban con familiares cercanos.

74 Esta verificación se efectúa por medio de visita domiciliaria en la residencia del niño, niña y adolescente y pretende determinar el cumplimiento de cada uno de los consagrados en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Art 52). En cumplimiento de este deber se establece: el estado de salud física y psicológica, el estado de nutrición y vacunación, la inscripción en el registro civil de nacimiento, la ubicación de la familia de origen, el estudio del entorno familiar y la identificación tanto de elementos protectores como de riesgo para la vigencia de los derechos, la vinculación al sistema de salud y seguridad social y la vinculación al sistema educativo

75 El 22 de mayo de 2009, la Comisaria de Familia, dispuso la práctica de las pruebas ordenadas en el auto de fecha 23 de febrero de 2009 y la práctica de otras diligencias probatorias en la Audiencia de Pruebas y Fallo, a efectuarse el 19 de junio de 2009.

76 Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

77 Id.

