

Sentencia T-129/15

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS AL CUIDADO Y AMOR-Los niños y las niñas deben ser amados

En el derecho comparado se ha entendido el derecho al amor de los niños y las niñas, como un imperativo y no se ha detenido a explicar su fundamento. El amor hacia los niños es necesario para su adecuado desarrollo físico, mental, social y psicológico, que les permitirá desarrollar las competencias y actitudes para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas. Además, no puede dejarse de lado que los niños y niñas serán los adultos del mañana, razón por la cual brindarles protección y amor es un asunto que compete a la sociedad en general y no sólo a sus padres o a su familia, aunque esta última es la primera llamada a satisfacer ese derecho.

CONCEPTO DE MORAL SOCIAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL-Doctrina y jurisprudencia

La moral exigida por el derecho en el Estado constitucional, es la pública o social la cual corresponde a un código de conducta, aceptado, deseable e interiorizado por la sociedad, cuyo contenido está delimitado por un contexto específico y una situación concreta, la cual presenta una complejidad reductible a partir de la aplicación de principios y valores que fundamentan la finalidad del bien común, la convivencia pacífica y la vida en sociedad.

ADOPCION-Idoneidad moral

La tarea de incorporar la moral social como requisito para satisfacer una carga legal, es una labor que el I.C.B.F., en el proceso de adopción de niños, niñas u adolescentes, ha abordado desde dos perspectivas. En la primera de ellas, esa entidad ha señalado qué debe entenderse por idoneidad moral, relacionando tal concepto con el de moral social o moral pública y prescribiendo que “ésta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio y es aceptada como norma ética de convivencia.”. La segunda de las perspectivas, es de carácter negativo, la cual tiene razón de ser porque el concepto de moral social o pública es amplio. En ese sentido, esa institución ha establecido que debe entenderse por conductas no morales, con la pretensión de excluir valoraciones subjetivas sobre el

concepto de moral en los procesos de adopción a su cargo.

ADOPCION-Idoneidad social

La idoneidad social se ha entendido como el conjunto de relaciones positivas (intrafamiliares como con el entorno) de los solicitantes, condiciones socioeconómicas y culturales garantistas en las cuales el niño, niña o adolescente, puede construir su identidad personal, social y cultural.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-La procedibilidad de la reubicación como medida de restablecimiento de derechos

Esta Corporación, ha señalado que la reubicación de un menor en otro hogar solo procede cuando se encuentre probado de manera suficiente la ocurrencia de un perjuicio, pues de otra manera se presentaría una acción desproporcionada que vulneraría el debido proceso de la familia sometida a tal decisión. En ese sentido, la intervención del Estado es subsidiaria puesto que el deber de cumplir garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes recae principalmente en la familia.

DEBIDO PROCESO EN TRAMITE DE ADOPCION-Dejar sin valor y efecto las resoluciones proferidas por el ICBF que declararon al accionante no idóneo moral y socialmente para adoptar a menor de edad

DEBIDO PROCESO EN TRAMITE DE ADOPCION-Declarar a los accionantes idóneos física, moral, social y mentalmente para adoptar al niño o para adoptar a cualquier niño, niña o adolescente

Referencia: Expediente T-4.614.580

Acción de tutela instaurada por Adolfo, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Magistrada (e) Ponente:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo dos mil quince (2015).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Martha Victoria Sáchica, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en el artículo 241, numeral 9° de la Constitución Política y en el artículo 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué – Tolima, el veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014) en primera instancia y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Tolima, el veinticuatro (24) de julio de la misma anualidad, en segunda instancia, mediante las cuales se resolvió la acción de tutela promovida por Adolfo contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante I.C.B.F.).

I. ANTECEDENTES.

En el presente caso debe aclararse que por estar involucrado un asunto que pertenece a la órbita personal protegida por el derecho fundamental a la intimidad de un menor, la Sala ha decidido no mencionar su nombre, así como el de los que tengan relación con él, como medida para proteger su intimidad. En este sentido, se reemplazan los nombres del peticionario por el de Adolfo, el de su esposa por María y el de la madre por Rosa. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta Corporación y a las autoridades judiciales de instancia, guardar estricta reserva al respecto.

La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes

1. Hechos

1.1 El siete (7) de junio de dos mil doce (2012), Adolfo, miembro activo de la Policía Nacional de Ibagué, Tolima, quien no tiene la posibilidad biológica de tener hijos, efectuando un ronda en el parque Galarza de esa ciudad, observó a una mujer con un bebé

de cuatro meses de nacido, quien le manifestó que estaba esperando a la Patrulla de Infancia y Adolescencia para que se llevaran a su hijo, pues debido a su condición económica y a su labor en el campo de la prostitución no podía tenerlo a su lado[1].

1.2 Adolfo afirmó que mientras esperaba a la referida patrulla, le preguntó sobre sus condiciones de vida y ella respondió que tenía dos hijos más: el mayor estaba en el I.C.B.F. de Honda, Tolima, mientras que el otro lo tenía bajo el cuidado de su padre. Respecto, al niño que tenía en brazos, le indicó que no sabía el paradero de su papá y que le daba mucha tristeza entregárselo al I.C.B.F. pero que en ese momento era su única opción, pues no tenía medios económicos para mantenerlo[2].

1.3 El actor señala que mientras conversó con la madre del niño, llamó en reiteradas oportunidades a la Patrulla de Infancia y Adolescencia pero está nunca llegó y ante la situación en que estaba el niño (desaseo, piojos, liendres y desnutrición) le propuso que le entregara al bebé para brindarle todos los cuidados que necesitaba. Ella aceptó el ofrecimiento y ratificó su consentimiento suscribiendo un documento en el cual expuso las circunstancias en las cuales entregó al niño.

1.4 Durante tres (3) meses, Adolfo y su esposa María, proporcionaron al niño ropa, pañales, artículos de aseo y cuidado personal. La familia conformada por Adolfo y María, señala que debido a su imposibilidad biológica de tener un hijo, han cuidado del menor como si fuera su propio hijo, a quien no le falta amor, cariño y apoyo emocional y que al llevarlo al médico, observó que el niño se encontraba con problemas de desnutrición y otras afecciones menores[3].

1.5 El accionante señala que siempre procuró mantener contacto con la madre del niño, enviándole fotos por Facebook, informándole sobre su estado de salud y manteniendo comunicación de manera regular por teléfono, la cual fue haciéndose menos frecuente por parte de ésta, hasta que al finalizar el período señalado, no se volvió a saber su paradero, situación que generó preocupación por la situación legal del niño, “[t]oda vez que ya estaban generando fuertes vínculos afectivos con el menor y, por ende, les preocupaba definir tal situación.”[4]. Ante esta situación, el diez (10) de octubre de dos mil doce (2012), Adolfo se presentó en las instalaciones del Centro Zonal Galán del I.C.B.F. para poner en conocimiento de las autoridades de todo lo sucedido e iniciar el procedimiento de

restablecimiento de derechos y de adopción del menor.

1.6 En acto administrativo del dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012), el defensor de familia del Centro Zonal Galán, luego de observar las excelentes condiciones en las se encontraba el menor, ordenó que continuara bajo el cuidado de la Familia de Adolfo y María en la modalidad de familia solidaria, decretando medida provisional de restablecimiento de derechos.

1.7 Entre los meses de diciembre de dos mil doce (2012) y mayo de dos mil trece (2013) el personal del Centro Zonal Galán del I.C.B.F. inició las valoraciones psicológicas, socioeconómicas y visitas domiciliarias, a la Familia, las cuales debido a su importancia para resolver el caso expuesto se transcriben in extenso:

a. “4 de diciembre de 2012:

VALORACIÓN PSICOLÓGICA

Adolfo

Conclusión:

De acuerdo con lo arrojado en la entrevista y de las pruebas psicológicas se observa que el señor Adolfo presenta adecuación en sus funciones mentales, cognitivamente su procesos (sic) de aprendizaje, juicio y razón se ajusta edad mental con la cronológica. De acuerdo con las pruebas se encuentra funcional, relaciones acordes con su pareja y con los demás no proyectando como una persona agresiva, por lo que puede continuar asumiendo el cuidado del niño.”[5].

Edad: 9 meses.

METODOLOGÍA UTILIZADA: Entrevista al niño, valoración de acuerdo a escala de desarrollo e informe de los cuidadores.

ANTECEDENTES: Las condiciones del niño a la llegada del hogar fueron regulares ya que al parecer su progenitora no le brindaba comidas en el tiempo que el niño lo solicitara, se desconoce si fue vacunado conforme a su edad. Cuidadores indican que los primeros días al

ingreso al hogar el niño lloraba mucho, permaneciendo inquieto pero con el tiempo fue tranquilizándose, su estado de salud es bueno.

COMPORTAMIENTO DURANTE LA ENTREVISTA: El niño se observa en buenas condiciones de salud física y emocional, su presentación personal es buena, su piel y cabello se observan sanos, se sienta sólo aunque por su edad requiere apoyo y supervisión constante de sus cuidadores.

RESULTADOS DE VALORACIÓN:

COMUNICACIÓN: durante la sesión se muestra tranquilo, reconoce cuando se le llama por el nombre, presenta sonrisa social, ganguea, juega y permite el contacto físico.

NO VERBAL: se observa tranquilo, a su vez inquieto, curioso, sonríe cuando se le expresa cariño.

INTERACCIÓN: la mayor parte del tiempo el niño permanece con la figura materna, aunque reconoce a sus padres, también comparte con familia extensa.

INDEPENDIENCIA: por su edad es dependiente en la mayor parte de las áreas.

JUEGOS PREFERIDOS: el niño se encuentra en etapa de gateo, trata de sostenerse y dar pasos.

DESARROLLO PSICOMOTOR: adecuado.|| En el aspecto del sueño, duerme sólo, sueño tranquilo en el día una hora en la mañana y una hora en la tarde, uso de pañal, apoyo para alimentación.

CONCEPTO PSICOLÓGICO: Es un niño alegre, con un nivel de desarrollo esperado para la edad aunque requiere continuar estimulación.

A través de la Valoración psicológica se determina que el niño presenta u nivel acorde de desarrollo y afectivo, adaptación a la familia sustituta.”[6].

c. “31 de diciembre de 2012.

De acuerdo a lo arrojado por las valoraciones practicadas en el niño y los cuidadores, así

como la visita social, en las cuales se encontraron condiciones, entorno adecuado permitiendo un desarrollo integral en el niño, con estimulación adecuada, además que la pareja brinda estabilidad emocional al niño, permitiendo fortalecer el vínculo afectivo, por lo que se considera viable que el menor continúe en el hogar de los Señores Adolfo y María en calidad de familia solidaria.”[7].

d. “10 de mayo de 2013

AMPLIACIÓN DE LA VALORACIÓN PSICOLÓGICA

Se observa que el señor Adolfo ha presentado un desempeño sobresaliente en su labor como policía durante los últimos cinco años lo cual se evidencia en un reporte emitido por el área de disciplina de la institución, certificaciones personales y concepto positivo por parte del párroco de la policía.

Con relación a la señora María se observa que la señora goza de prestigio y aceptación entre su comunidad en la cual se integra a las actividades realizadas y se percibe como una persona colaboradora cuando lo requieren, la señora María se muestra dedicada al cuidado y protección del niño (....) resaltando que por el momento no labora de manera formal puesto que dedica gran parte de su tiempo a la supervisión y cuidado de (...), sin embargo realiza actividades de apoyo con su progenitora, igualmente se evidencia ausencia de conflicto con su comunidad y su familia.

Al indagar frente a las razones que tuvieron para no reportar el niño una vez estaba bajo su cuidado ante la autoridad competente la señora María informa que ‘nosotros no informamos de una vez al bienestar familiar porque cuando Rosa nos entregó al niño con la carta firmada nosotros nos quedamos con el niño un mes esperando a ver si ella volvía por el niño pero como no volvió pues mi esposo fue más o menos a finales de Julio al bienestar y haya (sic) lo atendió no recuerdo quien fue pero la señora después de escucharlo le dijo que eso era un secuestro que posiblemente le quitaban al niño, entonces ese mismo día él fue y hablo (sic) con otra señora que era defensora haya (sic) mismo de la 42 para que lo orientara y ella le dijo que no había ningún problema, que lo mejor era que iniciara el proceso y en octubre nosotros volvimos para continuar con las cosas legales como deben ser, nosotros no lo hicimos en julio porque yo le dije a mi esposo que esperamos (sic) a que Leidy apareciera, porque uno no sabía si de pronto la mamá lo viniera a reclamar

nuevamente por que ella tenía los números de teléfono de nosotros y sabía dónde ubicarnos, mi esposo salió de vacaciones y nos fuimos para la costa y como no apareció la mamá nosotros decidimos iniciar el proceso de adopción.”[8].

Con fundamento en estas valoraciones, el personal del Centro Zonal Galán del I.C.B.F. emitió concepto favorable para la adopción del menor teniendo en cuenta que “en este caso particular y como quiera que el señor ADOLFO y su esposa MARÍA, conforme a la verificación de derechos de que trata el art. 52 de la Ley 1098, han garantizado los derechos niño (...), siendo necesario legalizar su situación y que de esta sea adoptado por ellos, una vez agotado el trámite antes mencionado.”[9].

1.8 Una vez presentado el referido concepto ante el Comité de Adopciones de la Dirección Regional Tolima del I.C.B.F., éste devolvió el expediente a la entidad que lo remitió y realizó recomendaciones que según el accionante “no se encuentran establecidas en el lineamiento del proceso de adopción, extralimitando así sus funciones y generando controversias sobre los conceptos técnicos realizados en el curso de tal actuación.”[10]. A su vez, la Secretaría del Comité de Adopciones del I.C.B.F. en escrito del nueve (9) de agosto de dos mil trece (2013) informó la Procuraduría General de la Nación señalando que en su concepto el actor había incurrido en adopción ilegal y/o tráfico de niños.

1.9 En Auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil catorce (2014), la Procuraduría Provincial de Ibagué, señaló que no encontraba dolo o una falta por parte de Adolfo, pues informó al I.C.B.F. en el momento en el cual la madre del menor dejó de comunicarse con él.

De otra parte señaló que “para el despacho es paradójico, que al acudir el Sr. Adolfo, ante el I.C.B.F. a solicitar la adopción en el año (2012), en el cual recibió al menor (...), solo hasta el año siguiente (2013), ese instituto señale irregular el actuar del mismo catalogándolo de adopción irregular y tráfico de niños, si el policía fue ante el ICBF, si bien no en forma inmediata al inferirse de los relatores que los hizo aproximadamente a los dos o tres meses, e informó la situación y pidió en adopción al menor, ¿por qué adopción ilegal?, si el mismo ICBF está tramitando el proceso de adopción de (...), por petición de Adolfo.|| Incluso el mismo Bienestar Familiar, ha dejado al menor bajo su cuidado con acta de colocación, que ha sido renovada o mantenida hasta la fecha. Si ha traficado con menores, como lo señala

el ICBF, ¿por qué ese mismo Instituto tramita el proceso de adopción por solicitud del mismo y, por qué le han dejado a su cuidado al menor sobre el cual pretende obtener la adopción?; será que el bienestar familiar entendió en ese momento, que la espera del aquí investigado en acudir ante ese instituto tenía lógica y razón, y que lo que lo motivó a recibir o tener al menor bajo su cuidado era propender por su seguridad, bienestar y protección, y que al informar y buscar su adopción, esta basada (sic) en garantizarle al mismo un ambiente sano, acorde a sus necesidades y rodeado de cariño.

Esta incongruencia del ICBF, lleva al despacho a estimar que las irregularidades denunciadas como desplegadas por el acusado no están revestidas de un actuar doloso o culposo, que pretendiera desconocer o vulnerar normatividad alguna sino que en forma cautelosa esperó un lapso no muy prolongado y, luego adelantó el procedimiento que el ordenamiento legal establecía, siendo estas suficientes razones para que el despacho se abstenga de abrir investigación disciplinaria en contra del acusado y consecuentemente se ordene el archivo de las diligencias en aplicación del art. 73 del Código Disciplinario Único.”[11].

Con base en lo expuesto resolvió abstenerse de abrir investigación disciplinaria contra el patrullero Adolfo y dispuso el archivo de las diligencias.

1.10 Sin perjuicio de ello el Comité de Adopciones de la Dirección Regional Tolima del ICBF señaló que el accionante no era idóneo moralmente para adoptar, porque había incumplido de manera grave sus deberes como policía al no haber entregado al niño, en la primera oportunidad a la Patrulla de Infancia y Adolescencia y en Resolución No. 0079 de 2014 “resolvió rechazar al señor Adolfo y a la señora María como candidatos para la adopción del menor (...), por falta de idoneidad moral y social.”[12].

1.11 Para fundamentar la falta de idoneidad moral señaló: “si bien es cierto que de acuerdo al resultado de la prueba Erasmo, el señor Adolfo es un ciudadano que se mantiene dentro de lo moral, en relación al niño (...), su actuar estuvo en contra de lo esperado del deber ser como agente del orden público, porque por encima del conducto regular, estuvo su necesidad de ser padre que hasta el momento por diversas situaciones no lo había logrado, es de analizar que quien con su actuación logra un beneficio finalmente es Adolfo ya que al saltarse el conducto regular, se aprovecha del estado de desesperación en que se

encontraba la madre biológica, asume el cuidado del niño y deja pasar tiempo para que se fortalezca el vínculo afectivo y solicita su adopción, lo cual deja ver que su conducta no está dentro de lo que se espera en la moral sino dentro desde lo pragmático, es decir desde sus propios intereses, lo cual hace que se cuestione su conducta para el caso específico en relación con el niño (...). Se analiza también, la entrevista que realiza la trabajadora social de adopciones Carolina Leyes el señor Adolfo, en la cual le pregunta acerca del conocimiento sobre el PARD, negando conocimiento del mismo. En la entrevista, se realiza la pregunta al señor Adolfo sobre el conocimiento que tiene acerca del proceso PARD, manifestando que para él es desconocido, así como el procedimiento que se debe realizar cuando un niño llega en condiciones de vulnerabilidad a cualquier institución de protección en este caso la policía nacional...”[13].

También señaló que no cumplía con el requisito de idoneidad social porque “la familia cuenta con EPS del régimen contributivo y realizan aportes para pensión y ahorro institucional de vivienda programado, sin embargo este proyecto hasta la fecha no se ha concluido y el tener vivienda, debe ser un recurso mínimo con el que cuentan las familias que desean consolidar su proyecto de adopción y no sería acorde a la misión institucional, que uno de nuestro niños iniciara su vida en familia vulnerando uno de los derechos básicos... || según el análisis socio-económico: el total de los ingresos netos de la familia es de 560.000 y el gasto mensual de un niño con edad de 0 a 2 años según estudio aportado por la nutricionista ha de ser mínimo seiscientos cincuenta mil pesos (\$650.000), lo que generaría una diferencia negativa de cien mil pesos (\$100.000) y obviamente no quedaría dinero en reserva para gastos imprevistos, esto quiere decir que la familia no cumpliría con la idoneidad social en el ítem económico ya que no garantizan liquidez, ni solvencia, para acoger adecuadamente un nuevo integrante al que se le deben cubrir todos los gastos para garantía plena de sus derechos, en consecuencia la familia no sería idónea para adoptar desde el punto de vista social.”[14].

1.12 Como consecuencia, el I.C.B.F. decidió ponerle fin a la medida de protección dada al menor y ordenó retirarlo de manera inmediata de su actual entorno familiar y ponerlo a disposición de otro hogar sustituto. Ante esta decisión, el accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la familia, al debido proceso administrativo del menor y que se suspendieran los efectos jurídicos de las Resoluciones No. 079 del 24 de enero de 2014 y del 10 de abril del mismo año.

2. Decisión en primera instancia

Luego de referirse a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra las actuaciones desarrolladas por los defensores de familia, el principio de interés superior del menor, el deber de solidaridad, la determinación de perjuicios morales en materia de familia y el concepto técnico de la trabajadora social que conoció previamente el caso (la cual señaló que se podía generar inestabilidad personal, social y familiar para el menor en caso de ser retirado del medio en el cual se encontraba) consideró que “existe una vulneración de su interés superior y su derecho constitucional fundamental a tener una familia, por lo cual amparó los mismos en atención a evitar un perjuicio irremediable.”[15].

Con base en ello ordenó al I.C.B.F. abstenerse de darle cumplimiento a las Resoluciones No. 0079 del 24 de enero de 2014 y 2135 del 10 de abril de 2014, en el sentido de ejercer acciones tendientes a separar al citado menor de su hogar solidario, hasta tanto un juez competente se pronunciara sobre las decisiones administrativas adoptadas por el I.C.B.F.

3. Impugnación y decisión en segunda instancia

Inconforme con la decisión el I.C.B.F. argumentó que la orden de abstenerse de dar cumplimiento a las Resoluciones No. 079 del 24 de enero de 2014 y 2135 del 10 de abril de 2014, hasta el momento en el que el juez competente se pronunciara respecto de una eventual demanda contra las decisiones del proceso administrativo, presentaba inconvenientes de indeterminación “en razón a que la orden es incierta en el tiempo, toda vez que pone en peligro los derechos del menor y no permite que se resuelva su situación de una manera definitiva y concreta, máxime cuando el accionante no ha presentado ninguna demanda.”[16].

Luego de exponer argumentos sobre la improcedibilidad de la acción de tutela cuando no se ha agotado el requisito de subsidiariedad, el Tribunal Superior de Distrito de Ibagué, señaló que el mecanismo de amparo no es la vía judicial para discutir inconformidades frente a la idoneidad moral para adoptar de una persona, toda vez que podía interponerse la acción de nulidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en la cual puede solicitarse la suspensión provisional de las medidas que ordenan retirar al menor de la familia (...)

Con base en ello, en sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014),

revocó el fallo impugnado y denegó por improcedente el amparo constitucional.

4. Actuación en Sede de Revisión

4.1 En escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015), el abogado de la parte accionante señaló que inició demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de dejar sin efecto las resoluciones del I.C.B.F. que señalaban que el accionante no cumplía con el requisito de idoneidad moral para adoptar, la cual fue admitida el tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Ibagué.

4.2 A su vez, señaló que el I.C.B.F. comunicó a los accionantes que el menor sería retirado de su cuidado para proseguir con el proceso de adopción[17], decisión ante la cual la familia solicitó la suspensión de los efectos jurídicos de la Resolución 079 del veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce y la Resolución 2135 del diez (10) de abril de dos mil catorce (2014), “hasta que se resuelva de fondo la legalidad de dichos actos administrativos por parte de la justicia ordinaria.”[18].

4.3 Sin embargo, a la fecha del once (11) de febrero de dos mil catorce (2014), el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Ibagué, no había proferido respuesta sobre la solicitud de la referida medida cautelar, razón por la cual la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en auto 040 de 2015 del once (11) de febrero de dos mil quince (2015) resolvió “SUSPENDER como medida cautelar los efectos jurídicos de la Resolución 079 del veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce y la Resolución 2135 del diez (10) de abril de dos mil catorce (2014), proferidas por el Director Regional y General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, respectivamente, mediante las cuales no se aprueba al demandante como candidato para adoptar al menor que de manera provisional se encuentra bajo su cuidado, en la modalidad de familia solidaria, hasta cuando esta Corporación dicte el fallo definitivo en el trámite de la revisión de la tutela promovida por el ciudadano Adolfo, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”[19].

5. Pruebas que obran en el expediente

La Sala considera pertinentes los siguientes documentos para adoptar una decisión:

5.1 Resolución 0079 del 24 de enero de 2014 proferida por la Dirección Regional Tolima del I.C.B.F.

5.2 Recurso de apelación contra la Resolución 0079 del 24 de enero de 2014.

5.3 Resolución 2135 del 10 de abril de 2014, proferida por la Dirección Nacional de I.C.B.F.

5.4 Resolución del 18 de octubre de 2012, donde se estableció la medida provisional de restablecimiento de derechos de “familia solidaria”, con acta de notificación.

5.5 Acta de colocación familiar del menor (....) en el hogar de los accionantes del 18 de octubre de 2012.

5.6 Decisión del 25 de marzo de 2014, de la Procuraduría Provincial de Ibagué, donde se archiva la indagación previa que se le adelantaba al accionante.

5.7 Memorial radicado ante la Dirección Nacional de I.C.B.F. allegando la decisión del 25 de marzo de 2014, de la Procuraduría Provincial de Ibagué.

5.8 Certificado de antecedentes disciplinarios del ciudadano Adolfo.

5.9 Extracto de hoja de vida de la Policía Nacional del ciudadano Adolfo.

5.10 Certificado de antecedentes disciplinarios judiciales del ciudadano Adolfo.

5.11 Valoraciones psicosociales y familiares realizadas por el I.C.B.F.

5.12 Concepto técnico proferido por la psicóloga y trabajadora social del I.C.B.F., sobre la situación actual del menor y el impacto que puede generar separarlo de los accionantes.

5.13 Certificación de estudios del niño (...), expedida por la directora del Liceo Semillitas.

5.14 Copia del fallo de tutela del tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014), proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Ibagué.

5.15 Escrito presentado por el apoderado del accionante ante la Sala Octava de Revisión de Tutelas en el cual indica que se encuentra ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, en razón a que en el proceso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho no se ha proferido medida cautelar.

5.16 Admisión de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por parte del Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Ibagué, del tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Con base en los artículos 86 y 241 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, es competente para revisar los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué – Tolima, el veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014) en primera instancia; y la Sala de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Tolima, el veinticuatro (24) de julio de la misma anualidad, en segunda instancia, mediante las cuales se resolvió la acción de tutela promovida por Adolfo contra el I.C.B.F.

2. Síntesis del caso y presentación del problema jurídico

2.1 De conformidad con los hechos expuestos y con el material probatorio que reposa en el expediente del asunto de la referencia, se pudo verificar que Rosa iba a abandonar a su hijo de 3 meses de edad en el I.C.B.F., cuando se encontró con el policía Adolfo, quien no tiene la posibilidad biológica de tener hijos y que le propuso que en lugar de ello lo dejara a su cuidado. La madre del menor aceptó y le entregó el niño, el cual se encontraba en estado de desnutrición, trastornos generados por la mala alimentación y con presencia de piojos y liendres, por lo cual fue llevado al servicio médico de manera inmediata. A pesar que su madre biológica le dijo a Adolfo que si quería le regalaba al niño, él y su esposa Rosa procuraron que el menor no perdiera el vínculo con su progenitora, para lo cual mantuvieron contacto con ésta por Facebook, correo electrónico y comunicación telefónica, la cual se perdió tres meses después del hecho referido por qué la accionante se fue del lugar de los hechos a otro pueblo y no volvió a tenerse noticia de ella, por un periodo

prolongado de tiempo.

Al perder todo contacto con la madre del niño, la Familia conformada por Adolfo y María concluyó que la madre del menor no iba a volver por él, razón por la cual acudió ante el I.C.B.F., relató lo acontecido y manifestó su deseo de adoptar al menor. El centro zonal del I.C.B.F. del lugar de residencia de la pareja, al observar las excelentes condiciones físicas y mentales en las que se encontraba el niño, decretó como medida de protección que el menor siguiera bajo el cuidado de la familia conformada por Adolfo y María, mientras estudiaban la solicitud y efectuaban los estudios pertinentes sobre la materia.

Luego de varias pruebas a la familia conformada por Adolfo y María el centro zonal del I.C.B.F. profirió concepto favorable para la adopción, el cual fue remitido a la dirección regional del I.C.B.F. entidad que al conocer las particularidades del caso decidió comunicar a la Procuraduría sobre la conducta dolosa, en la que en su concepto incurrió Adolfo, y por medio de las resoluciones 079 y 2135 ambas del 2014, decidió “NO APROBAR a los señores Adolfo y María, como candidatos para adoptar, por falta de idoneidad moral y social.”[20].

En la actualidad el menor vive con la familia conformada por Adolfo y María debido a que se han interpuesto todas las acciones legales para evitar que sea retirado de su lado. Paralelo a esta acción de tutela, se ha presentado acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de las resoluciones proferidas por el I.C.B.F. referidas con anterioridad. El menor tiene tres años de edad, asiste al jardín infantil, tiene un excelente estado de salud y reconoce a quienes le han cuidado como figuras de autoridad[21]. De otra parte, la investigación que se inició en contra del accionante en la Procuraduría fue archivada, pues no se encontró un actuar doloso por parte del mismo.

2.2 Sobre la base de los hechos expuestos, la Sala considera que se encuentra en presencia de varios problemas jurídicos:

(i) ¿El I.C.B.F. desconoció las garantías fundamentales de la familia conformada por Adolfo y María al declarar que no son aptos para adoptar por falta de idoneidad moral, señalando que Adolfo incumplió sus funciones y obligaciones como miembro de la Policía Nacional al tener bajo su cuidado a un menor abandonado durante tres meses, sin reportar tal situación ante el I.C.B.F., aun cuando la Procuraduría General de la Nación se abstuvo de abrir investigación porque no encontró un actuar culposo o doloso que pretendiera

desconocer o vulnerar normatividad alguna?;

(ii) ¿Puede concluirse que los accionantes no son idóneos socialmente para adoptar porque les falta 100.000 pesos para cumplir con recomendación proferida por una funcionaria del I.C.B.F. aun cuando un concepto de esa misma entidad[22] determinó que la familia solidaria del menor representada en María y Adolfo cuenta con recursos económicos para suplir las necesidades del niño, frente al vestido, alimentación, vivienda, recreación y salud, como lo han hecho por espacio de más de dos años?;

(iii) ¿Desconoce el I.C.B.F. el interés superior del menor, al pretender separarlo de los accionantes, más de dos años después de sucedidos los hechos, cuando los conceptos psicológicos que se han efectuado[23] señalan que ello generaría un efecto negativo en el desarrollo del menor?

2.3 Para resolver estos problemas, la Sala abordará el siguiente orden expositivo: (i) El derecho fundamental al amor. Los niños y las niñas deben ser amados; (ii) el concepto de moral social en el Derecho Constitucional; (iii) la idoneidad moral y social en los procesos de adopción; (iv) el derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia. La procedibilidad de la reubicación como medida de restablecimiento de derechos. Finalmente, con base en las reglas extraídas del estudio propuesto se resolverá el caso en concreto.

3. El derecho fundamental al amor. Los niños y las niñas deben ser amados.

3.1. A pesar de no existir un consenso sobre el significado del amor, debido a la multiplicidad de definiciones determinadas en su mayoría por la experiencia personal, hay un acuerdo tácito respecto a su presencia en nuestras vidas y su impacto determinante en las relaciones sociales. En ese sentido, puede aseverarse su existencia sin importar que no pueda enmarcarse dentro de una definición de carácter positivo.

Desconocer la presencia del amor en nuestra sociedad y su impacto en las relaciones jurídicas, no sólo es incoherente sino contraevidente, basta con observar fenómenos como el matrimonio, la unión solemne, los divorcios, la adopción, el aborto, la eutanasia y el maltrato animal, que apelando a valores de diversa índole para su justificación o rechazo, se han desarrollado también a partir de premisas sobre el amor propio, amor a las demás personas, amor a la naturaleza, amor a una concepción particular de la vida, o amor a una

idea.

3.2 Aunque muchos de los actos desarrollados en nombre del amor, no tienen una justificación o consecuencia jurídica, ello no implica que el Derecho deba mantener una distancia respecto al mismo con el propósito de mantenerse depurado de cualquier apreciación valorativa que afecte la recta impartición de justicia. Si la dignidad, el respeto y la confianza, son principios justificados a partir de valores, no hay razones suficientes para que el amor no sea una máxima de optimización de las relaciones sociales (sin imponerse de manera absoluta y descontextualizada), toda vez que también es un valor.

Ciertamente podría exponerse que el amor no tiene fundamento alguno y por lo tanto no puede dársele la categoría de valor, como se le daría a la vida, a la dignidad, a la honestidad, a la solidaridad o a la libertad, sin embargo esto constituiría una falacia argumentativa ya que estos valores tampoco tienen justificación alguna sino que se asumen, como ha sido expuesto por Bobbio “el fundamento de derechos de los que sólo se sabe que son condiciones para la realización de valores últimos es la apelación a dichos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen: lo que es último, justamente por su carácter de tal, no tiene fundamento alguno”[24].

3.3 Así las cosas, la Sala no se detendrá a explicar por qué se justifica el derecho al amor, o por qué es correcta su defensa desde el punto de vista ético. En ese sentido, ello se asimilará, siguiendo a Kant, como si se tratase de un imperativo categórico, es decir, de un mandamiento autónomo y autosuficiente[25] que se asume sin cuestionamiento alguno.

De esta manera, en el derecho comparado se ha entendido el derecho al amor de los niños y las niñas, como un imperativo y no se ha detenido a explicar su fundamento. Por ejemplo, en la Declaración de los Derechos del Niño en Israel (1989) el principio segundo señala “2. Todo niño tiene derecho a una vida familiar – a la alimentación, adecuado vivienda, protección, amor y comprensión”[26]. A su vez, en la Declaración de los Derechos de los Niños de Mozambique (1979) se expone que “[Los niños] tienen derecho a crecer en un clima de paz y seguridad, rodeado de amor y comprensión.”[27]. Aunado a ello, la Carta de Derechos de los Niños en acciones de divorcio, EE.UU. (1966) señala “[los niños tienen derecho] al amor día a día, al cuidado, la disciplina y protección del padre que tiene la custodia de los niños.”[28].

3.4 Ahora bien, a pesar de no tener la obligación de fundamentar el derecho que tienen los niños y niñas a ser amados, surge la duda respecto a si el amor es un derecho, toda vez que de serlo surge una correlativa obligación: el deber de amar a un niño. Pero ¿es posible entender el amor como un deber? Matthew Liao, en su artículo “The right of Children to be loved” (el derecho de los niños a ser amados) expone la dificultad que tiene prescribir el amor hacia otra persona como una obligación. Señala que existe la idea de que como el amor es una emoción no es exigible y por tanto al no presentarse tal exigibilidad no hay tal derecho[29].

Kant plantea tal objeción señalando que el amor es una cuestión de sentimiento, no de la voluntad y no que no se puede amar sin motivo, menos aún porque se deba (no puedo ser obligado a amar); por tanto el deber de amar es un absurdo. “Love is a matter of feeling, not of willing, and I cannot love because I will to, still less because I ought to (I cannot be constrained to love); so a duty to love is an absurdity”.

No obstante, declarar la existencia de un derecho a partir de su exigibilidad o su materialización, es desconocer el sentido aspiracional y el poder de transformación que tiene el Derecho. Sería semejante a exponer que una persona no tiene derecho al agua porque habita en el desierto en un lugar donde no puede llegar el acueducto; o que no existe un derecho a la paz porque estamos en un país con diversidad de conflictos armados y urbanos. En ese sentido, el hecho que un padre no ame a un niño o niña no significa que no exista un derecho a que estos últimos amados[30].

3.5 Matthew Liao expone la existencia del derecho de los niños y niñas a ser amados a partir del siguiente silogismo:

P1. Los seres humanos tienen derecho a aquellas condiciones que son principalmente esenciales para una buena vida.

P2. Como seres humanos, los niños tienen derecho a aquellas condiciones que son principalmente esenciales para una buena vida.

P3. Ser amado es una condición que es sobre todo esencial para que los niños y niñas tengan una buena vida.

Conclusión: Los niños y niñas deben ser amados (como tal argumento debe ser de tipo prescriptivo, los niños tienen derecho a ser amados)[31].

3.6 Pero el amor a los niños y las niñas no debe confundirse con el cuidado hacia los mismos. Algunos estudios revelan que los niños que no reciben amor, sino sólo una atención adecuada se enferman con más frecuencia; sus capacidades de aprendizaje se deterioran significativamente; no tienen interés por su entorno; no logran un desarrollo físico adecuado pues no aumentan de peso o altura; sufren de insomnio; se deprimen constantemente; y con el tiempo desarrollan graves dificultades de aprendizaje[32].

Así las cosas, el amor hacia los niños es necesario para su adecuado desarrollo físico, mental, social y psicológico, que les permitirá desarrollar las competencias y actitudes para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas. Además, no puede dejarse de lado que los niños y niñas serán los adultos del mañana, razón por la cual brindarles protección y amor es un asunto que compete a la sociedad en general y no sólo a sus padres o a su familia, aunque esta última es la primera llamada a satisfacer ese derecho.

3.7 El derecho al amor está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 44 de la Constitución: “[s]on derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión...”. En ese sentido, el mandato constitucional de amor no es una muletilla retórica que adorna los derechos de nuestros niños y niñas, sino un mandato de optimización, una pauta de conducta, un precepto normativo válido y en últimas una finalidad anhelada por la sociedad colombiana.

3.7.1 Un mandato de optimización: En palabras de Robert Alexy el mandato de

optimización se refiere a “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”[33]. Así las cosas, como los derechos de los niños son prevalentes, hay una exigencia de que se agoten los mayores esfuerzos para garantizarles amor. En ese sentido, como se expuso, no debe sustentarse o justificarse la razón para que se deba amar a los niños, sino que ello se asume, así como tampoco debe fundamentarse por qué tienen derecho a la salud, al nombre o la educación.

3.7.2 Una pauta de conducta: debido a que es un comportamiento socialmente aceptado y deseado, esto es, que es legítimo y por tanto respetuoso de la moralidad social o pública. Ello es tan evidente, que excluir el derecho de los niños y niñas a ser amados del sistema de normas morales, constituye un caso de ceguera moral. En palabras de Neil MacCormick: “Let me start from what seems to me a simple and barely contestable assertion: at least from birth, every child has a right to be nurtured, cared for, and, if possible, loved, until such time as he or she is capable of caring for himself or herself... I should regard it as a plain case of moral blindness if anyone failed to recognize that every child has that right.”[34] (Permítanme empezar desde lo que me parece una afirmación simple y apenas discutible: al menos desde el nacimiento, todo niño tiene derecho a ser alimentado, cuidado, y, si es posible, amado, hasta el momento en que él o ella es capaz de cuidar de sí mismo... Debo considerarlo como un caso normal de la ceguera moral si alguien no reconoció que todo niño tiene ese derecho.).

3.7.3 Un precepto normativo válido: toda vez que fue estipulado por el Constituyente Primario, elevado a la categoría de norma fundamental y superó todo el procedimiento para su creación sin que haya duda sobre su legalidad.

3.7.4 Una finalidad anhelada por la sociedad colombiana: porque se encuentra inscrito en la Constitución, la cual no sólo representa los factores reales de poder, como señalaba La Salle, o es un conjunto de normas de mayor jerarquía, como lo señala Kelsen, sino que tiene un sentido aspiracional o un punto de llegada, esto es, un ideal social o una idea sobre lo que es socialmente deseable[35].

3.8 A partir de estas consideraciones, no es correcto afirmar que algunas instituciones son las encargadas de materializar el mandato de amor hacia los niños o que es un

problema que le compete a la familia de manera exclusiva. El derecho que tienen los niños a ser amados debe ser garantizado por la sociedad en general y por tanto esta Corte reconoce la presencia del amor en nuestro ordenamiento jurídico, así como su impacto positivo en la materialización de una sociedad justa y su necesidad para desarrollar el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas.

4. El concepto de moral social en el Derecho Constitucional. Doctrina y jurisprudencia.

4.1 Son varias las ocasiones en las cuales esta Corte ha estudiado el concepto de moral y su relación coherente con los principios constitucionales protegidos en la Carta Política. En la Sentencia C-224 de 1994, se expuso que no puede negarse la relación que existe entre el derecho y la moral, pues ambos aspectos pretenden regular el comportamiento humano. De manera concreta, señaló que las normas “en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico”[36].

En la sentencia T-503 de 1994, se precisó que la moral es un bien jurídico protegido y que está constituida por “aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa”.

4.3 Aunado a ello, si la moral es un código de comportamiento, entonces debido a la autonomía personal debe entenderse que existe un tipo de moral propio de la persona, mejor denominada individual. Esta desde luego, representará una particular forma de pensamiento y acción, constituida por criterios personales, sobre lo que es deseable, aceptable o censurable para la persona.

4.4 Aunque es válido reconocer, una concepción propia de lo moral, esta Corporación ha señalado que una persona puede tener códigos de comportamiento que a su parecer son morales porque constituyen usos repetitivos aceptados, pero tal accionar no puede desconocer un concepto amplio de moral, reconocido y aceptado por las sociedades en general, o una en específico (moral positiva). Por tanto, el concepto de moral a pesar de tener una alta dosis de subjetividad no resulta indeterminado cuando se identifica como público o social. Al respecto, la Sentencia C-427 de 1994 al exponer el alcance de la moralidad como principio rector de la función administrativa, determinó que “no responde a

ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución”.

De esta manera, puede observarse que en la decisión analizada no se exige una moralidad específica o subjetiva a partir de la moral de una persona o funcionario que evalúe una actuación, sino aquella que contiene los criterios axiológicos de la Constitución Política, dicho de otra manera, aquella que se puede exigir a cualquier persona, sin tener en cuenta connotaciones de origen, creencias, sexo, raza, posición social, lengua, etc. Piénsese en este caso, por ejemplo, el acto que una persona se presente desnuda en un colegio, allí no importa que particular forma de pensamiento presente o que convicciones u objetivo pretenda con ello, sino el hecho específico de su desnudez en un lugar público, con la connotación de tratarse de un lugar en el cual hay muchos menores de edad, en ese punto puede afirmarse que su accionar no es bien visto por la generalidad de personas que integran la sociedad, no por las creencias particulares de cada miembro de ella, sino porque de manera consensuada, tácita en la mayoría de las veces, se ha concluido que es una conducta no deseable, que atenta contra valores anhelados por los asociados y que desconoce un código de comportamiento generalizado.

4.5 Sin embargo, ello no significa anular la autonomía de las personas y la búsqueda de su realización personal. Ni el Estado, ni la sociedad puede invadir su autonomía o hacerle pensar de una manera específica, en ese sentido hay que diferenciar entre la esfera privada de comportamiento y aquella que es pública. Respecto a la primera, debe entenderse que constituye aquellas acciones que no interfieren con la órbita de derechos de otros individuos, en ese sentido, por consecuencia, la segunda de éstas hace relación a lo que sí afecta a la sociedad. A partir de ello, puede evidenciarse una tensión entre el libre desarrollo de la personalidad y la moralidad pública, que se resuelve en el mayor grado posible de autonomía a una persona, sin que sus efectos trasciendan a la sociedad de una manera negativa a tal punto que desconozca el código de comportamiento aceptado por la misma.

En ese sentido, esta Corte en la Sentencia C-404 de 1998 señaló que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede ejercerse sin restricción alguna, pues encuentra sus límites en el respeto de los derechos de los demás, la no afectación del orden jurídico y del interés general”. A partir de ello, puede observarse la importancia de la moral en los

sistemas jurídicos pues esta no sólo dota de sentido las prescripciones legales, sino que justifica su existencia. El derecho constitucional, no es ajeno a esa realidad, basta con mirar el concepto mismo de constitución, su fundamento y finalidad, para percatarse de ello.

4.6 A su vez, la legitimidad de las normas que garantizan o limitan los derechos reposan en valores, elevados a principios y reconocidos por la sociedad como códigos de conducta deseables para la convivencia y cuya inobservancia genera repudio y un sentido de injusticia, aunque no siempre tales acciones configuren una ilegalidad. A ese juicio de valor sobre el comportamiento, e incluso sobre las consecuencias del mismo, se le ha denominado moral pública, sin perjuicio de la incorporación de principios de orden superior, para determinar su aplicación en contextos específicos.

En ese sentido, en la Sentencia C-404 de 1998, se destacó la importancia de que el juez constitucional, por ejemplo, acuda a las razones morales que justifican la existencia de una norma legal: “La adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales – dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva – en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas – legales o constitucionales – es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial”.

De esta manera, el juez en el Estado constitucional debe establecer a qué tipo de moral hace referencia un mandato y examinar si la prescripción dispuesta garantiza el cumplimiento de las finalidades del Estado Social de Derecho, o si por el contrario limita y desconoce garantías de orden superior.

4.7 En ese orden de ideas, exigir que se observe la moral social o pública no resulta desproporcionado, toda vez que, como se ha expuesto, la observancia de la misma garantiza la satisfacción de postulados éticos, socialmente aceptados e interiorizados, e indispensables para la vida en sociedad. Al respecto, esta Corte en la Sentencia C-814 de 2001, tuvo la oportunidad de estudiar el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, código del menor, en el cual se demandó la palabra moral contenida en ese mandato[37].

En aquella ocasión expuso que la norma demandada era útil porque garantizaba el cumplimiento de los derechos y deberes que defendía la Constitución y aseguraba que la educación de los menores adoptados se llevase a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de moral social o moral pública, por ello “[d]esde este punto de vista, asegura la prevalencia del derecho a la educación moral (entiéndase según la moral social) del menor, frente al derecho de quien pretende adoptar a desarrollar su proyecto de vida de conformidad con su propio juicio moral. La norma cumple así con el mandato superior de prevalencia de los derechos de los niños”.

4.8 Así las cosas, como se ha expuesto, el concepto de moral pública o social no es jurídicamente indeterminado, pues su complejidad disminuye al aplicarse a casos en concreto, en los que la interpretación, el contenido y la finalidad de un mandato deben delimitar la actuación del juez o el funcionario público, sea el caso. Por ello, en estos casos, la argumentación toma un valor protagonista, pero la construcción de silogismos e hipótesis, no puede desconocer que existen limitaciones al estudio de determinadas acciones (sobre las cuales no se tiene certeza sobre su moralidad o inmoralidad), en los mismos derechos fundamentales, como el debido proceso, la buena fe, la presunción de inocencia, etc.

Ello tiene razón de ser porque de otra manera, al partir de un criterio tan general como el interés de la sociedad, o valores y virtudes aceptados, el ámbito de interpretación es amplio pues casi todo cabe en la finalidad de interés social. De manera específica, ante la indeterminación del lenguaje en conceptos tan amplios como la moral, resulta complejo establecer de manera aceptada y definitiva que la constituye, pero no que contraría tal concepto o desconoce la finalidad del mismo en escenarios específicos.

Tal entendimiento del término moral en el derecho, resulta ser más preciso, más garantista

y permite una dialéctica en la cual la argumentación marcará el discurso. De esta manera, resulta más práctico establecer que desconoce la moral pública en situaciones específicas y concretas y no que la constituye, sin perjuicio que pudiera llegarse a realizar, toda vez que la moral es relacional.

4.9 Así las cosas, puede concluirse que la moral exigida por el derecho en el Estado constitucional, es la pública o social la cual corresponde a un código de conducta, aceptado, deseable e interiorizado por la sociedad, cuyo contenido está delimitado por un contexto específico y una situación concreta, la cual presenta una complejidad reductible a partir de la aplicación de principios y valores que fundamentan la finalidad del bien común, la convivencia pacífica y la vida en sociedad.

5. La idoneidad moral en los procesos de adopción

5.1 Como se expuso, la textura abierta del lenguaje y la indeterminación jurídica de un concepto lo suficientemente amplio como la moral, es un problema que el derecho puede superar a partir de la construcción de concesos sobre lo no moral en situaciones concretas.

Ello no implica, que no pueda señalarse qué conductas enmarcan la moralidad, solamente que, como la Sala ha llamado la atención, ello puede llegar a generar indeterminación sobre el concepto. La tarea de incorporar la moral social como requisito para satisfacer una carga legal, es una labor que el I.C.B.F., en el proceso de adopción de niños, niñas u adolescentes, ha abordado desde dos perspectivas.

5.1.1 En la primera de ellas, esa entidad ha señalado qué debe entenderse por idoneidad moral, relacionando tal concepto con el de moral social o moral pública y prescribiendo que “[é]sta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio y es aceptada como norma ética de convivencia.”[38].

A su vez, justifica su exigibilidad argumentando que para el Estado pluralista son importantes los antecedentes de comportamiento de las personas que quieran adoptar a un niño, niña o adolescente, toda vez que se debe garantizar su desarrollo armónico y en ese sentido, una conducta acorde con la moral social, “asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño, niña y adolescente se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios

éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del niño, niña y adolescente al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás”[39]. Por el contrario, la adopción en un medio con condiciones morales socialmente cuestionadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone en peligro el desarrollo adecuado de la personalidad de quien es adoptado e imposibilita su convivencia pacífica y armónica dentro de la sociedad.

5.1.2 De otra parte, la segunda de las perspectivas, es de carácter negativo, la cual tiene razón de ser porque el concepto de moral social o pública es amplio. En ese sentido, esa institución ha establecido que debe entenderse por conductas no morales, con la pretensión de excluir valoraciones subjetivas sobre el concepto de moral en los procesos de adopción a su cargo. Con base en ello, ha determinado que criterios no pueden ser entendidos como morales, es decir, se ha establecido un conjunto de prescripciones negativas, que se emplean no para señalar que es moral social o pública sino para determinar qué no lo es.

En ese sentido, por medio de la Resolución 3748 de 2010, expuso que no hay idoneidad moral en los siguientes casos:

1. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente, tiene problemas de alcoholismo o drogadicción.
2. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente han sido condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.
3. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente hayan sido condenados por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.
4. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente no provee alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.

5. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente ha tenido antecedentes de violencia intrafamiliar.
6. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente tiene antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.
7. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente ha incurrido en la vulneración de los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006[40].

5.3 Aunado a ello, el I.C.B.F. ha determinado que la idoneidad moral se establece a partir de las condiciones psicosociales, el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.

6. La idoneidad social en los procesos de adopción

6.1 De otra parte, la idoneidad social se ha entendido como el conjunto de relaciones positivas (intrafamiliares como con el entorno) de los solicitantes, condiciones socioeconómicas y culturales garantistas en las cuales el niño, niña o adolescente, puede construir su identidad personal, social y cultural.

En relación con las condiciones económicas de la persona o familia que pretende adoptar a un niño, niña u adolescente, se ha expuesto que deben tener en cuenta el costo de vida de la región en donde habitará, todo ello para garantizar la satisfacción de las necesidades materiales, educativas, recreativas y de salud del menor.

6.2 Por ello, los funcionarios del I.C.B.F. evalúan los ingresos y egresos habituales del o los adoptantes, la procedencia y estabilidad de sus ingresos[41]; los créditos e hipotecas, ahorros e inversiones, bienes, crisis económicas importantes, causas, superación, elaboración del presupuesto familiar para recibir el nuevo miembro; todo ello para buscar que el niño, niña u adolescente satisfaga sus necesidades materiales en condiciones dignas y que su llegada no generará una crisis financiera en el hogar.

Con relación a la vivienda se ha expuesto que debe tener condiciones higiénicas óptimas, tener buena iluminación y ventilación, disponibilidad de espacios proporcionales al número

de integrantes de la familia, tener una estructura física segura con espacios destinados para el niño y disponibilidad de servicios públicos.

6.3 Sin perjuicio de lo expuesto, las condiciones económicas se evalúan teniendo en cuenta el contexto específico donde reside la familia y no con base en un criterio uniforme o una cantidad de ingresos igual en todos los casos. Por ello, este aspecto es solo uno de los indicadores integradores para seleccionar familias adoptantes[42].

6.4 En ese sentido, si quien pretende adoptar demuestra que tiene recursos económicos suficientes para que el niño, niña u adolescente pueda superar las limitaciones que impiden el acceso a prestaciones necesarias para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas, debe entenderse satisfecho el requisito de idoneidad social en relación con el aspecto económico.

7. El derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia. La procedibilidad de la reubicación como medida de restablecimiento de derechos

7.1 Esta Corporación, ha señalado que la reubicación de un menor en otro hogar solo procede cuando se encuentre probado de manera suficiente la ocurrencia de un perjuicio, pues de otra manera se presentaría una acción desproporcionada que vulneraría el debido proceso de la familia sometida a tal decisión. En ese sentido, la intervención del Estado es subsidiaria puesto que el deber de cumplir garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes recae principalmente en la familia[43].

7.2 La Constitución Política en su artículo 44 establece el derecho que tienen los niños de tener una familia y no ser separados de la misma. Para ello, señala otras garantías constitucionales que refuerzan tal mandato como la consagración de la familia como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.).

En la Sentencia SU-225 de 1998, la Corte afirmó que la intervención estatal para separar a un niño de su familia sólo debe presentarse cuando ésta se encuentra imposibilitada para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. En ese sentido, el Estado deberá intervenir “en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la

debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo”[44].

A su vez, en la Sentencia T-671 de 2010 se expuso que la decisión de retirar del núcleo familiar a un menor sin la justificación suficiente para ello, desconoce el principio de interés superior del menor, toda vez que la irrupción intempestiva del Estado en las relaciones domésticas puede generar un rechazo de la medida por parte del menor. En aquella oportunidad se expuso que “(...) cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En este campo, las autoridades de Bienestar Familiar cuentan con un margen suficiente de discrecionalidad, pero al mismo tiempo deben obrar con un nivel especial de diligencia y cuidado, para evitar decisiones desfavorables que puedan incidir negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño afectado.”.

Con posterioridad, mediante la Sentencia T-580A de 2011, la Corte reiteró su posición frente a la justificación y proporcionalidad de las medidas de restablecimiento de derechos, en las cuales siempre se debe buscar mejorar las condiciones del menor. Aunado a aquello se incorporó el criterio de necesidad de la medida, como un parámetro de control para analizar la razonabilidad y pertinencia de la misma.

7.3 En ese sentido, debe tenerse en cuenta la satisfacción del derecho al debido proceso, que en esos casos se garantiza con la verificación de las condiciones en las que se encuentra el menor, encaminadas a determinar la existencia de amenaza, inobservancia o vulneración, de sus derechos fundamentales. De otra manera, no es razonable separar a los niños y niñas de sus familias pues en ese lugar, donde los niños pueden tener acceso al cuidado, al amor, a la educación y a condiciones materiales mínimas para su desarrollo óptimo. Igualmente, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que “desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”[45].

8. Análisis del caso en concreto

8.1 Esta Sala de revisión considera que el material probatorio allegado por las partes, es suficiente para pronunciarse de manera definitiva sobre la vulneración alegada por los ciudadanos Adolfo y María, máxime cuando a casi tres años de iniciarse el proceso de adopción y las medidas de restablecimiento de derechos del niño, al día de hoy no hay certidumbre sobre su situación legal. Ello, expone al menor a la ocurrencia de un perjuicio irremediable pues los vínculos afectivos con la familia que conforman Adolfo y María se han fortalecido con el paso del tiempo y se seguirán fortaleciendo, razón por la cual deberá tomarse una decisión inmediata respecto a su permanencia o retiro definitivo del hogar que lo ha cuidado desde los tres meses de edad.

8.2 Para resolver el asunto, debe analizarse, en primera medida, si el hecho que Adolfo no reportara ante el I.C.B.F. que tenía un menor que había sido abandonado bajo su cuidado, de manera inmediata, es un comportamiento inmoral, que genera falta de idoneidad moral y con ello la imposibilidad de adoptar un niño, niña o adolescente.

Como se expuso en las consideraciones de esta sentencia, la moral exigida en el Estado constitucional, es la pública o social y no una particular forma de moral. Es decir, sólo puede exigirse un código de conducta, aceptable, deseable e interiorizado por la sociedad, delimitado por un contexto específico.

Para el caso objeto de estudio, el código de conducta es el lineamiento de adopciones del I.C.B.F. según el cual la idoneidad moral está relacionada con el concepto de moral social o moral pública, la cual se “basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio y es aceptada como norma ética de convivencia.”[46]. No obstante, como se expuso, ante la amplitud del concepto de moral social, el propio instituto estableció cuando no hay idoneidad moral.

Este criterio es útil, sobre todo cuando hay disparidad de conceptos sobre una misma acción. Como es el caso de los hechos objeto de estudio. En donde para la seccional Galán del I.C.B.F. hay un comportamiento normal y protector por parte de Adolfo y uno diferente efectuado por la Regional Tolima en donde hay una falta en los deberes del referido que constituye una afrenta a la moralidad.

En efecto, el personal del Centro Zonal Galán del I.C.B.F. emitió concepto favorable para la adopción del menor teniendo en cuenta que “en este caso particular y como quiera que el

señor Adolfo y su esposa María, conforme a la verificación de derechos de que trata el art. 52 de la Ley 1098, han garantizado los derechos niño (sic) (...), siendo necesario legalizar su situación y que de esta sea adoptado por ellos, una vez agotado el trámite antes mencionado.”[47].

A su vez indica que: “Los señores Adolfo y María cuentan con características adecuada (sic) que le permiten presumir que reúnen las condiciones necesarias para cuidar y brindar valores en la crianza y educación del niño, lo cual se evidencia en sus antecedentes personales, familiares y laborales, del señor donde ha recibido reconocimiento por su desempeño adecuado en todo sentido igualmente se evidencia en la señora María ausencia de conflicto en su comunidad y su familia. Se puede manifestar que se trata de una pareja estable en todo sentido que cuenta con condiciones para continuar con capacidades para ejercer de forma adecuada todos los roles de su condición de padres, mostrando estabilidad en su relación de pareja, basada en valores, comunicación asertiva, capacidad de resolver conflictos mediante el diálogo, compromiso frente a las responsabilidades adquiridas y disponibilidad para garantizar condiciones afectivas hacia el niño.”[48].

De otra parte, para la Regional Tolima la conducta de Adolfo estuvo en contra de lo esperado del deber ser como agente del orden público, porque por encima del conducto regular, estuvo su necesidad de ser padre que hasta el momento por diversas situaciones no lo había logrado, es de analizar que quien con su actuación logra un beneficio finalmente es Adolfo ya que al saltarse el conducto regular, se aprovecha del estado de desesperación en que se encontraba la madre biológica, asume el cuidado del niño y deja pasar tiempo para que se fortalezca el vínculo afectivo y solicita su adopción, lo cual deja ver que su conducta no está dentro de lo que se espera en la moral sino dentro desde lo pragmático, es decir desde sus propios intereses, lo cual hace que se cuestione su conducta para el caso específico en relación con el niño (....).”[49].

Así las cosas, la Sala acudirá al propio criterio hermético establecido por el ICBF en la Resolución 3748 de 2010, para determinar cuando no hay idoneidad moral, pues se presume que si la persona no incurre en estas conductas es idóneo moralmente.

Idoneidad moral para adoptar del ciudadano Adolfo según la Resolución 3748 de 2010 proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Conducta tipificada

Acción cometida

Acción no cometida

1. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente, tiene problemas de alcoholismo o drogadicción.

X

2. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente han sido condenados por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.

X

3. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente hayan sido condenados por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.

X

4. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente no provee alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.

X

5. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente ha tenido antecedentes de violencia intrafamiliar.

X

6. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente tiene antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.

X

7. Si quien pretende adoptar o su conyugue o compañero(a) permanente ha incurrido en la vulneración de los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006[50].

X

Idoneidad moral para adoptar del ciudadano Adolfo teniendo en cuenta la comisión de conductas tipificada en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

Conducta tipificada

Acción cometida

Acción no cometida

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.

X

2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.

X

3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.

X

4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

X

5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.

X

6. Las guerras y los conflictos armados internos.

X

7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.

X

8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanas, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.

X

9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas.

X

10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.

X

11. El desplazamiento forzado.

X

12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.

X

13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.

14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.

X

15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.

X

16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.

X

17. Las minas antipersonales.

X

18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.

X

19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

X

De esta manera el ciudadano Adolfo, no ha incurrido en ninguna de las conductas establecidas por el I.C.B.F. para determinar que no tiene idoneidad moral. No obstante, este no es el único criterio que debe tenerse en cuenta para establecer tal idoneidad, toda vez que en la misma resolución se expone que deben tenerse en cuenta las condiciones psicosociales, el certificado de antecedentes judiciales (penales) y otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.

Según el I.C.B.F. el ciudadano Adolfo al igual que su esposa, actuaron de mala fe, pues se aprovecharon de la situación que les reportó la progenitora del menor para poderse apropiar del mismo: “[l]a señora desde tempranas horas solicitó que se llamara la policía de infancia y en las horas de la tarde ésta aun no llegaba y cuando se acercó nuevamente donde el señor Adolfo, éste le indagó para qué y ella le expresó que quería entregar su hijo al ICBF, según manifestaciones en la historia del policía aprovechando su condición, le dijo que lo regalara y se lo llevó para la casa, pues él no había podido con su esposa concebir hijos, el señor Adolfo estando activo en el servicio en el CAI en la fecha en que la señora solicitó el servicio omitió su obligación legal de poner al niño a disposición del ICB (sic), única entidad encargada en el país de cobijar los niños con medidas de restablecimiento de derechos, para que le brindara protección y adicional a ellos (sic) se lo llevo (sic) para su

casa, omitiendo el deber legal de poner en conocimiento la situación, para su propio beneficio, ocultándola (sic) hasta el mes de octubre del mismo año cuando se acerca (sic) al ICBF a solicitar se le legalice la adopción del niño a su favor.”[51].

Frente a este argumento la Sala encuentra dos situaciones: (i) el acto de pactar con la progenitora del niño que se lo entregara y que él lo cuidaría; y (ii) la omisión de un deber legal por parte de Adolfo en su rol de policía.

8.2.1 Frente al primero de ellos, la seccional Tolima del I.C.B.F. recrimina la intención de apoderarse del menor. Para ello utiliza varios argumentos, entre los cuales señala que como el accionante no puede tener hijos, quiso satisfacer el deseo de ser padre a como diera lugar. Ello, de entrada, es un criterio subjetivo, que no puede ser probado y que parte del desconocimiento del principio de buena fe. El hecho que una persona no pueda tener hijos, no tiene como consecuencia lógica que quiera robar uno, o que a la menor oportunidad se trate de apropiarse de alguno.

Aunado a ello, la Sala encuentra que no hay pruebas que indiquen que el accionante quería apropiarse del menor, toda vez que la familia que integran Adolfo y María procuró mantener el contacto del niño con su progenitora, enviándole fotos, manteniendo comunicación por internet y por vía telefónica. Este hecho, a su vez explica por qué no en sana lógica no se dio comunicación de los hechos al I.C.B.F. pues no había certeza sobre el estado de abandono del menor, toda vez que su madre podía volver por él, cuando a bien lo tuviera, pues sabía donde estaba viviendo, quienes lo estaban cuidando, sus números de teléfono y la zona de trabajo de Adolfo. A esa misma conclusión llegan funcionarios del mismo instituto, como puede observarse a continuación: “se observa que el señor Adolfo y la señora María no contemplaron el hecho de proteger el niño como algo inadecuado e ilegal puesto que el niño no contaba con la garantía de derechos por parte de la señora Rosa [la madre biológica] y por el contrario en ese momento fue ella misma quien dio el consentimiento de que ellos se hicieran cargo del niño, así mismo no acudieron a la autoridad competente, una vez tenían al niño en sus manos, afirmando que no pensaban que la decisión de la señora era real por lo que decidieron esperar un tiempo un tiempo prudencial para conocer para conocer la actitud que asumiría la señora Rosa frente a la entrega que había hecho de su hijo, una vez pasó el tiempo que consideraron ellos como pareja pertinente y al ver que no tenían noticias de la madre del niño decidieron dar

conocimiento de la situación en el ICBF donde según refieren fueron informados de tal forma que sintieron temor de perder al niño al cual le había tomado gran afecto y cariño sintiéndose igualmente aceptados y reconocidos por el menor como figuras protectoras. Pese a este temor deciden asesorarse por parte de una defensoría de familia según refieren, la cual los motivó a que iniciaran dicho proceso en bienestar familiar para legalizar la tenencia del niño dentro del hogar.”[52].

En ese sentido, es razonable el comportamiento de la familia en esa situación específica. Piénsese que la progenitora del menor volviera por su hijo y le comentaran que a pesar de estar teniendo comunicación con ella e indicarle como se encontraba el niño, un día pensaron que lo mejor era entregar el niño que habían prometido cuidarle.

Si bien es cierto, que a partir de los hechos expuestos en este proceso, se puede inferir que la intención de la progenitora era abandonar al niño en un primer momento, no hay prueba que indique que Adolfo quería apropiarse del menor, es claro para esta Sala que su propósito era cuidar del niño sin negarle la oportunidad de tener a su madre, tanto así que lo mantuvo en contacto con la misma y sólo hasta el momento en que ella desapareció de sus vidas y entendió que el niño había sido abandonado, inició el procedimiento ante el I.C.B.F. reportando en abandono.

En ese orden de ideas, no es claro por qué deba exigírsele al accionante que inicie el proceso ante el I.C.B.F. aun cuando no se había configurado el abandono. Bien hubiera podido hacerlo, pero lo que la Sala pretende indicar es que no hacerlo, en las circunstancias específicas aquí reseñadas no constituye un comportamiento inmoral y no lo hace ni a él ni a su esposa no idóneos para adoptar al niño.

8.2.2 Ahora bien, respecto al segundo punto, la omisión del deber legal de Adolfo en su rol como policía, la Sala encuentra que tal reproche se le hace en su función de agente de la fuerza pública y no en su condición de ciudadano. En ese sentido, no puede exigírsele un determinado tipo de moral, sino que, como se ha expuesto debe únicamente hacerse referencia a aquella que es pública y social. De manera reiterada, la seccional Tolima del I.C.B.F. ha afirmado en el trámite de este proceso que el comportamiento del señor Adolfo no es lógico, ni moral, ni legal “se afecta precisamente esa idoneidad moral porque no es lógico ni moral, ni legal que una persona es más un funcionario agente de policía cuya

razón y esencia del cargo es hacer cumplir la ley respetar y obedecer las normas decida pasar por encima de ellas en su propio beneficio y fue lo que hizo el señor Adolfo quien se lleva sin ningún arrepentimiento el niño para su casa aprovechando la desesperación de la madre y omitiendo el deber legal de informar al ICBF...”[53].

Precisamente, del Comité de Adopciones de la Seccional Tolima del I.C.B.F. informó de los hechos a la Procuraduría General de la Nación para que investigaran al funcionario Adolfo, no sólo por incurrir, en su concepto, en falta disciplinaria, sino en el delito de adopción irregular y tráfico de niños. No obstante, al analizar el material probatorio y los mismos hechos expuestos en la presente acción de tutela, la Procuraduría Provincial de Ibagué en Auto del veinticinco (25) de marzo de dos mil catorce (2014), la Procuraduría Provincial de Ibagué, señaló que no encontraba dolo o una falta por parte de Adolfo, pues informó al I.C.B.F. en el momento en el cual la madre del menor dejó de comunicarse con él.

A su vez, añadió que no es entendible por qué ese instituto cataloga el hecho como adopción ilegal siendo que el mismo estaba tramitando la solicitud de adopción y en la misma línea no tiene sentido que se hable de tráfico de niños cuando él mismo acudió a la entidad para solicitar la adopción, una vez tuvo plena convicción del abandono del menor por parte de su progenitora. En ese mismo sentido añade que no tiene sentido que el I.C.B.F. haya dejado al cuidado de la familia compuesta por Adolfo y María y que luego exponga que no son personas idóneas para tal propósito.

Para la Procuraduría la espera del investigado para acudir al I.C.B.F. es razonable y señala que esa misma institución también lo consideró como tal en un primer momento (antes del estudio del comité de adopciones de la seccional Tolima) toda vez que “el bienestar familiar entendió en ese momento, que la espera del aquí investigado en acudir ante ese instituto tenía lógica y razón, y que lo que lo motivó a recibir o tener al menor bajo su cuidado era propender por su seguridad, bienestar y protección, y que al informar y buscar su adopción, está basada (sic) en garantizarle al mismo un ambiente sano, acorde a sus necesidades y rodeado de cariño.”.

Con base en ello la Procuraduría concluyó que “las irregularidades denunciadas como desplegadas por el acusado no están revestidas de un actuar doloso o culposos, que pretendiera desconocer o vulnerar normatividad alguna sino que en forma cautelosa esperó

un lapso no muy prolongado y, luego adelantó el procedimiento que el ordenamiento legal establecía, siendo estas suficientes razones para que el despacho se abstenga de abrir investigación disciplinaria en contra del acusado y consecuentemente se ordene el archivo de las diligencias en aplicación del art. 73 del Código Disciplinario Único.”[54].

Estas conclusiones, son acertadas para la Sala que considera razonable el actuar de la Familia compuesta por Adolfo y María. Ahora bien, si la entidad encargada de investigar y sancionar a un funcionario como el accionante, determinó que no se configuraba la comisión de una conducta prescrita por el ordenamiento, por lo menos desde el punto de vista disciplinario, ¿por qué el I.C.B.F. persiste en indicar que faltó a sus deberes como policía? más aun ¿por qué utiliza ese argumento, sin fundamento alguno, para determinar que la conducta es inmoral, e incluso ilegal? Finalmente ¿por qué exige un tipo específico de moral, derivado de la función que ejerce el accionante, cuando el parámetro para analizar la idoneidad moral es el de moral pública o social?

Estos cuestionamientos, permiten a la Sala concluir que los argumentos presentados por la seccional Tolima del I.C.B.F. para demostrar la falta de idoneidad moral de los esposos no son suficientes, no guardan una coherencia lógica, no tienen en cuenta las reglas de la experiencia y la sana lógica y desconocen el debido proceso de los accionantes.

Desde ese punto de vista, los esposos Adolfo y María lejos de cometer conductas inmorales o ilegales, garantizó a su derecho fundamental a ser amado. En ese orden de ideas, la Sala concluye que los ciudadanos Adolfo y María, en el caso objeto de estudio por parte de esta Corte, han actuado de conformidad a la moral pública o social, razón por la cual no sólo son idóneos para adoptar al menor, sino a cualquier otro niño, niña o adolescente.

8.3 De otra parte, la entidad accionada manifiesta, a su vez, que la familia integrada por Adolfo y María no es idónea socialmente para adoptar porque el accionante debería ganar 100.000 pesos más al mes, pues de lo contrario no cumpliría con la recomendación hecha por una de sus funcionarias, respecto a los ingresos que deben percibir los padres para garantizar el bienestar económico del menor.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe precisarse que el I.C.B.F. en este caso específico hace referencia al componente económico de la idoneidad social. Como se expuso, tal requisito es superado, si la familia que pretende adoptar demuestra que tiene recursos económicos

suficientes para que el niño, niña u adolescente pueda superar las limitaciones que impiden el acceso a prestaciones necesarias para ejercer su derecho a la vida en condiciones dignas.

En el caso concreto de los esposos Adolfo y María, el mismo I.C.B.F. determinó que “[l]a familia solidaria de (...) representada en Adolfo y María cuenta con recursos económicos para suplir las necesidades del niño, frente al vestido, alimentación, vivienda, recreación, salud (de forma particular en este momento)”[55].

A su vez, el I.C.B.F. no logra explicar por qué, si los recursos económicos del actor son insuficientes (argumentando que le faltan \$100.000), el niño reporta un crecimiento adecuado para su edad, en excelentes condiciones físicas, psicológicas, mentales y sociales. Es más, ¿cómo es posible exponer la insuficiencia de recursos en un hogar cuando han pasado casi tres años y han logrado garantizar su subsistencia y el derecho a la vida del menor en condiciones dignas? Para la Sala resulta evidente, que oponer razones económicas para declarar no idóneos socialmente para adoptar a los esposos Adolfo y María, es un argumento que se cae de su propio peso.

Por tal razón, considera que el componente económico para determinar la idoneidad social de la familia que integran Adolfo y María se encuentra cumplido y no habiendo otro tipo de circunstancia en el proceso que cuestione por otro motivo tal exigencia, concluye que son idóneos socialmente para adoptar no sólo al menor sino a cualquier niño, niña o adolescente.

8.4 Teniendo en cuenta que en todo caso debe propenderse por solucionar las controversias sin afectar los derechos de los niños y niñas, y apelando al criterio de interés superior del menor, la Sala llama la atención sobre el potencial daño que puede sufrir el menor si es separado de las personas que para él son sus padres, pues desde que sus tres meses de edad, ha estado bajo su protección y como lo exponen los informes periciales reconoce a Adolfo y a María como un patrón de conducta y autoridad.

8.4.1 En efecto, el informe interdisciplinario solicitado por el defensor de familia del Centro Zonal Galán, el 12 de febrero de 2014 señala: “A partir de las intervenciones y visitas realizadas al hogar ‘familias solidarias’ donde actualmente se encuentra el niño (...), se percibe un grado de afinidad y apego del niño hacia sus cuidadores lo cual se ha ido

fortaleciendo, durante el tiempo de convivencia, siendo esto un factor positivo para (...)... || Durante el proceso (...) ha ido construyendo esquemas mentales lo que ha permitido identificar figuras de autoridad reconociendo a sus cuidadores como patrones de conducta a seguir, mostrando adaptación en su hogar por lo que genera inestabilidad personal, social y familiar en el niño al ser retirado del medio en el que actualmente se encuentra, lo que podría ser reflejado en comportamientos agresivos, problemas de aprendizaje, como respuesta emocional a las situaciones presentadas, puesto que el niño muestra identificación con las personas con las que actualmente se relaciona de forma constante.”[56].

8.4.2 A su vez, la Sala considera importante reseñar el informe presentado por la Regional Galán del I.C.B.F. que las condiciones en las que se encuentra el menor garantizan una convivencia armónica, garantizando un medio estable para la realización de sus derechos.

“INFORME SOCIAL PARD. Centro Zonal Galán. Regional Tolima ICBF. Segunda parte del informe – estudio social. FACTORES DE GENERATIVIDAD Y VULNERABILIDAD: Red vincular: Frente al vínculo afectivo entre la familia solidaria y el niño, existe presencia y colaboración por parte de la familia extensa de la pareja, existiendo un fuerte vínculo afectivo entre los padres de la señora María y el niño (...) (sic). Filiación: los vínculos consanguíneos del niño (...) con los señores María y Adolfo son inexistentes, no existe reconocimiento paterno y presencia nula por parte de la madre biológica. Vulnerabilidad socio-económica: La familia solidaria de (...) representada en María y Adolfo cuenta con recursos económicos para suplir las necesidades del niño, frente al vestido, alimentación, vivienda, recreación, salud (de forma particular en este momento). Dinámica relacional: Existe un vínculo afectivo fuerte entre la familia solidaria y el niño (...) (sic), generándose cohesión en el hogar, existe además una relación de pareja estable y armónica, una relación de cercanía, cuidado y solidaridad por parte de la familia extensa de la pareja hacia el niño (...) (sic).

Frente a la familia extensa existe un lazo afectivo fuerte, existiendo cercanía y espacios en los que comparten con el niño (...) (sic), también la presencia de una relación de colaboración y unidad familiar que se ha fortalecido con la llegada de (...) (sic) al hogar. || Se evidencia compromiso y responsabilidad de la pareja frente a satisfacer las necesidades del niño y a velar por su cuidado, permaneciendo en su mayoría María y su familia

presentes en la crianza del niño, y el señor Adolfo en los momentos que no se encuentra trabajando, fortaleciendo su vínculo con el niño y aportando a la educación familiar del mismo.”[57].

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la medida provisional decretada por esta Sala de revisión, en el auto 040 de 2015 del once (11) de febrero de dos mil quince (2015) que ordenó suspender como medida cautelar los efectos jurídicos de la Resolución 079 del veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce y la Resolución 2135 del diez (10) de abril de dos mil catorce (2014).

SEGUNDO: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué – Tolima, el veintinueve (29) de mayo de dos mil catorce (2014) en primera instancia; y la Sala de decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Tolima, el veinticuatro (24) de julio de la misma anualidad, en segunda instancia, mediante las cuales se resolvió la acción de tutela promovida por Adolfo contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

TERCERO: CONCEDER el derecho fundamental al debido proceso a los ciudadanos Adolfo y María, dentro del proceso de adopción del menor que adelantan ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

CUARTO: DEJAR SIN VALOR Y EFECTO la Resolución 079 del veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce y la Resolución 2135 del diez (10) de abril de dos mil catorce (2014), proferidas por el Director Regional y General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respectivamente, por medio de las cuales se declaró que los señores Adolfo y María no son idóneos moral y socialmente para adoptar al menor.

QUINTO: DECLARAR que los ciudadanos Adolfo y María, son idóneos física, moral, social y mentalmente para adoptar al niño o para adoptar a cualquier niño, niña o adolescente.

SEXTO: NOTIFICAR de la presente decisión al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito Judicial de Ibagué, en el cual se adelanta el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Con el propósito que tenga conocimiento que la decisión aquí adoptada, por los hechos expuestos, hace tránsito a cosa juzgada constitucional y deberá ser tenida en cuenta al momento de proferir su fallo.

SÉPTIMO: CONCEDER el derecho fundamental a ser amado, a tener una familia y a ser protegido contra toda forma de abandono al menor. Para tal efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dentro del primer mes posterior a la notificación de esta sentencia, deberá resolver de manera definitiva la solicitud de adopción presentada por los ciudadanos Adolfo y María, teniendo en cuenta que son idóneos física, moral, social y mentalmente para adoptar al menor

Así las cosas, en el momento de evaluar quién o quiénes serán los adoptantes del niño deberá tenerse en cuenta el interés superior del menor y realizar, hasta el máximo posible, todas las gestiones, para que no se generen efectos negativos en su vida. Ello implica que, hasta donde sea humanamente posible, deberán mantenerse los lazos que ha creado con la familia que integran Adolfo y María dándoles la prioridad en el proceso de adopción, teniendo en cuenta, en todo momento que el menor tiene el derecho fundamental a ser amado, a tener una familia y a ser protegido contra toda forma de abandono.

OCTAVO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ABSTENERSE de retirar del hogar Adolfo y María al niño, hasta el momento en el cual se resuelva de manera definitiva la solicitud de adopción presentada por los ciudadanos accionantes.

NOVENO: ADVERTIR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que no incurra nuevamente en los hechos expuestos en esta decisión, esto es, la imposición de una moral específica a las personas que pretenden adoptar a un niño, niña o adolescente, así como el análisis de situaciones concretas a partir de una presunción de mala fe.

DÉCIMO: ORDENAR a la Secretaria General de la Corte Constitucional, ABSTENERSE de mencionar en el texto público de esta sentencia, el nombre del menor involucrado en los hechos del presente asunto, con el fin de salvaguardar su intimidad. Igualmente, y con el propósito de garantizar mayor sigilo al respecto, en las reproducciones que se hagan del presente texto, salvo en las destinadas a las partes y a las autoridades vinculadas,

DEBERÁN OMITIRSE los nombres de los accionantes y de las demás personas relacionadas con los hechos del caso.

UNDÉCIMO: LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese, Cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-129/15

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-Requisitos generales y especiales de procedibilidad (Salvamento parcial de voto)

Estimo, que el desarrollo de estas consideraciones resultaba necesario para explicar la razón por la cual la Corte Constitucional, en este caso, decidió asumir la competencia para

ejercer el control de legalidad de un acto administrativo, a pesar de que existen otros mecanismos de defensa judicial ordinarios en la jurisdicción administrativa, para resolver esta clase de controversias. Ello, teniendo en cuenta que en el Juzgado Administrativo, está en curso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el accionante en contra del ICBF y por lo tanto, la Corte Constitucional no puede desconocer la competencia que ya asumió la jurisdicción administrativa para resolver la solicitud de nulidad de los actos administrativos expedidos por el ICBF, sin incluir las razones de derecho que fundamenten esta clase de decisiones. Considero que la protección constitucional debió concederse en forma transitoria, aunque esto implicara que el menor permaneciera en el hogar de los demandantes hasta que el proceso administrativo concluyera, lo que podría tardar mucho tiempo, mientras que los vínculos afectivos se fortalecerían en un escenario de incertidumbre respecto de la decisión que se llegare a adoptar

DERECHO FUNDAMENTAL AL AMOR-Principio de la prevalencia del interés superior del menor (Salvamento parcial de voto)

Estimo, que el análisis de este derecho debió efectuarse en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir integralmente, con el principio de la prevalencia del interés superior del menor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 Superior, que establece la obligación de proporcionar un trato preferente a los niños y a las niñas a fin de garantizarles la vida, su integridad física, la salud, seguridad social, alimentación equilibrada, el cuidado y amor, la educación, la recreación y en especial el derecho a tener una familia

ADOPCION-Idoneidad moral (Salvamento parcial de voto)

Considero, que este aspecto debió plantearse en el sentido de señalar que el ICBF no fundamentó su decisión en alguna de las circunstancias señaladas en las resoluciones 3748 de 2010 y 1098 de 2006 y, que los hechos que consideró como causa para determinar la falta de idoneidad moral no se encuentran dentro ese listado.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, en esta oportunidad me permito exponer las razones por las que consideré necesario apartarme, de manera parcial, de la decisión mayoritaria adoptada en la sentencia de la referencia.

En este caso, la Sala Octava de Revisión concedió el amparo del derecho al debido proceso de los ciudadanos “Adolfo y María” el cual fue desconocido dentro del trámite de adopción que se adelanta en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, respecto del “niño” que está bajo el cuidado de esta familia solidaria. De la misma manera, tuteló los derechos fundamentales del menor, a ser amado, a tener una familia y a ser protegido contra toda forma de abandono.

Aunque estuve de acuerdo con que se concediera el amparo de los derechos fundamentales solicitado por los demandantes, y que en consecuencia, se ordenara la suspensión de los actos administrativos expedidos por el ICBF, a través de los cuales se negó la solicitud de adopción formulada por los accionantes por falta de idoneidad moral y social, y se dispuso el retiro del menor de la casa de la familia solidaria, discrepo de la posición de la mayoría en los siguientes aspectos:

(i) Amparo definitivo del derecho al debido proceso

La sentencia concede, en forma definitiva, el amparo del derecho al debido proceso de los señores “Adolfo y María”, que fue desconocido por la actuación del ICBF al resolver la solicitud de adopción presentada por los accionantes. Sin embargo, no se incluyó un análisis jurídico respecto de la procedibilidad excepcional de la acción de tutela en contra de un acto administrativo.

Estimo, que el desarrollo de estas consideraciones resultaba necesario para explicar la razón por la cual la Corte Constitucional, en este caso, decidió asumir la competencia para ejercer el control de legalidad de un acto administrativo, a pesar de que existen otros mecanismos de defensa judicial ordinarios en la jurisdicción administrativa, para resolver esta clase de controversias.

Ello, teniendo en cuenta que en el Juzgado Segundo Administrativo de Ibagué, está en curso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por “Adolfo” en contra del ICBF y por lo tanto, la Corte Constitucional no puede desconocer la competencia que ya asumió la jurisdicción administrativa para resolver la solicitud de nulidad de los actos administrativos expedidos por el ICBF, sin incluir las razones de derecho que fundamenten esta clase de decisiones.

Bajo lo expuesto, considero que la protección constitucional debió concederse en forma transitoria, aunque esto implicara que el menor permaneciera en el hogar de los demandantes hasta que el proceso administrativo concluyera, lo que podría tardar mucho tiempo, mientras que los vínculos afectivos se fortalecerían en un escenario de incertidumbre respecto de la decisión que se llegare a adoptar.

En todo caso, es preciso tener en cuenta que el problema jurídico que resuelve la Corte Constitucional tiene por objeto la actuación de la administración y no la del juez administrativo, en razón a ello, no puede la Sala de Revisión determinar la decisión que se debe adoptar en esa jurisdicción, respecto de la demanda formulada por “Adolfo” en contra de los actos administrativos expedidos por ICBF para negar su solicitud de adopción.

(ii) Desarrollo del derecho fundamental al amor

En la sentencia se incluye un capítulo titulado: “Derecho fundamental al amor. Los niños y niñas deben ser amados”, para su desarrollo, se empleó una reflexión doctrinal relativa a la naturaleza y al significado del amor, y a su importancia para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, no se estableció la pertinencia que tiene para el estudio del caso concreto, incluir estas reflexiones doctrinales y no desarrollar la jurisprudencia que esta Corporación ha proferido sobre este mismo aspecto.

Estimo, que el análisis de este derecho debió efectuarse en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir integralmente, con el principio de la prevalencia del interés superior del menor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 Superior, que establece la obligación de proporcionar un trato preferente a los niños y a las niñas a fin de garantizarles la vida, su integridad física, la salud, seguridad social, alimentación equilibrada, el cuidado y amor, la educación, la recreación y en especial el derecho a tener una familia .

(iii) estudio sobre la idoneidad moral para adoptar, respecto de “Adolfo”

La Sala Octava de Revisión, incluyó un estudio con el propósito de establecer si el solicitante “comete o no” las conductas que según las resoluciones 3748 de 2010 y 1098 de 2006 indican las circunstancias que permiten determinar que una persona no es idónea para ser padre adoptivo.

Al respecto, considero que la Corte Constitucional no contaba con los elementos probatorios suficientes, que le permitieran constatar la responsabilidad que pueda tener el solicitante en las conductas señaladas en tales resoluciones. Por ejemplo, si el demandante “tiene o no problemas con drogadicción o alcoholismo” o que el menor no se encuentra en riesgo de ser víctima de “transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual”, son circunstancias que no se encuentran acreditadas en el expediente y que no puede la Sala, asegurar si en el caso bajo estudio se cumplen o no.

Considero, que este aspecto debió plantearse en el sentido de señalar que el ICBF no fundamentó su decisión en alguna de las circunstancias señaladas en las resoluciones 3748 de 2010 y 1098 de 2006 y, que los hechos que consideró como causa para determinar la falta de idoneidad moral no se encuentran dentro ese listado.

En estos términos, dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Cuaderno principal de la demanda, folio 2. En adelante, sino se señala un cuaderno en específico, deberá entenderse que corresponde al cuaderno principal.

[2] Folio 3.

[3] Esta afirmación no se encuentra probada en el expediente, pero tampoco fue desvirtuada por parte de ninguna persona o entidad.

[4] Folio 7.

[6] Folio 109.

[7] Folio 112.

[8] Folio 117.

[9] Folio 89.

[10] Folio 8. Cuaderno Segunda instancia.

[11] Folio 50.

[12] Folio 55.

[13] Ibíd.

[14] Folio 56.

[15] Folio 11.

[16] Folio 12.

[17] Cuaderno Corte Constitucional, folio 14.

[18] Folio 30.

[19] Cuaderno Corte Constitucional, folio 52 y ss.

[20] Folio 62.

[21] Folio 112.

[22] Folio 123.

[23] Folios 8, 118 – 123.

[24] Bobbio, N. (1992). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Gedisa. Página 121.

[25] Kant, I. (1785). Fundamentación de la metafísica de las costumbres (2005 ed.). Riga: Tecnos.

[26] Declaration of the Rights of the Child in Israel (1989). [Principle] 2. Every child has the right to a family life – to nourishment, suitable housing, protection, love and understanding.

[https://books.google.com.co/books?id=2zvayKFKkgoC&pg=PA499&lpg=PA499&dq=Declaration+of+the+Rights+of+Mozambican+Children+%281979%29+%5BChildren%5D+have+the+right+to+grow+up+in+a+climate+of+peace+and+security,+surrounded+by+love+and+understanding.&source=bl&ots=40x5Z7rrUg&sig=VB4F3JY9McWbEfSsbcSBxmghf2U&hl=es-419&sa=X&ei=zI3sVNKbJ8mXgwS_mYLYAg&ved=0CCUQ6AEwAQ#v=onepage&q=Declaration%20of%20the%20Rights%20of%20Mozambican%20Children%20\(1979\)%20%5BChildren%5D%20have%20the%20right%20to%20grow%20up%20in%20a%20climate%20of%20peace%20and%20security%2C%20surrounded%20by%20love%20and%20understanding.&f=false](https://books.google.com.co/books?id=2zvayKFKkgoC&pg=PA499&lpg=PA499&dq=Declaration+of+the+Rights+of+Mozambican+Children+%281979%29+%5BChildren%5D+have+the+right+to+grow+up+in+a+climate+of+peace+and+security,+surrounded+by+love+and+understanding.&source=bl&ots=40x5Z7rrUg&sig=VB4F3JY9McWbEfSsbcSBxmghf2U&hl=es-419&sa=X&ei=zI3sVNKbJ8mXgwS_mYLYAg&ved=0CCUQ6AEwAQ#v=onepage&q=Declaration%20of%20the%20Rights%20of%20Mozambican%20Children%20(1979)%20%5BChildren%5D%20have%20the%20right%20to%20grow%20up%20in%20a%20climate%20of%20peace%20and%20security%2C%20surrounded%20by%20love%20and%20understanding.&f=false).
The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood. By Philip E. Veerman

[27] Declaration of the Rights of Mozambican Children (1979). [Children] have the right to grow up in a climate of peace and security, surrounded by love and understanding.

[28] The Bill of Rights of Children in Divorce Actions, USA (1966). [Children have] III. The right to the day by day love, care, discipline and protection of the parent having custody of the children.

[29] “Moreover, there are a number of questions that can cast doubt on whether children indeed have this right. For example, the right under consideration seems to be a claim right, which would mean that someone has a duty to love a child. But, is it possible to require love as a matter of duty? There is a view that the idea of a duty to love is an absurdity because love is an emotion and therefore not commandable, while duties require that the action demanded by the duty be commandable.”. The Right of Children to Be Loved. Forthcoming in The Journal of Political Philosophy © S. Matthew Liao. Johns Hopkins University, Baltimore, MD 21205; e-mail: sliao@jhsph.edu; www.smatthewliao.com November 24, 2005. Pág. 4.

[31] Matthew Liao. Óp. Cit. Pág. 5.

[32] Spitz, R. and K. M. Wolf. “Anaclitic Depression: An Inquiry into the Genesis of Psychiatric conditions in Early Childhood.” The Psychoanalytic Study of the Child 2 (1946): 313-342.

[33] Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Página 86. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal pulido, 2ª edición, Centro de estudios políticos y

constitucionales de Madrid, 2007.

[34] MacCormick, N. "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right." Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LXII, no. 3 (1976): 305-316, p. 305

[35] Al respecto consultar "El derecho frente el poder. Surgimiento, desarrollo y crítica de la Constitución y el constitucionalismo modernos. GARCÍA V, Mauricio, JARAMILLO P., Juan, RODRÍGUEZ V., Andrés Abel y UPRIMNY, Rodrigo, El derecho frente al poder, 2012.

[36] Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía

[37] Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente.

[38] I.C.B.F. Resolución 3748 de 2010, por la cual se aprueba el lineamiento técnico administrativo del programa de adopciones
http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3748_2010.htm

[39] Ibíd.

[40] El artículo 20 de la Ley 1098 de 2006. Ley de infancia y adolescencia, señala que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra:

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.
2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.
3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.

4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.
5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.
6. Las guerras y los conflictos armados internos.
7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.
8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanas, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.
9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas.
10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.
11. El desplazamiento forzado.
12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.
13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.
14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.
15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.
16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
17. Las minas antipersonales.

18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.

19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

[41] Resolución 3748 de 2010 Por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico Administrativo del Programa de Adopciones y se dictan otras disposiciones. “Para verificar los ingresos, se solicita certificaciones expedidas por la entidad donde labora, donde conste el cargo, tiempo de servicio y salario actual; si trabaja en forma independiente, aportan la certificación de un contador público o copia de la última declaración de renta. Esta debe tener una fecha de expedición inferior a seis (6) meses en el momento de radicada la solicitud.”.

[42] Ibíd.

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

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

[45] Sentencia T-887 del 01 de diciembre de 2009. En esta providencia la Corte hizo referencia a la Sentencia T-587 de 1998, en la que le correspondió a la Corte Constitucional establecer si el ICBF había desconocido los derechos fundamentales de una niña a tener una familia, al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tenía una edad menor y ello podría generar traumatismos. En una sentencia reciente, la Corte Constitucional abordó el estudio de un caso similar al que se encuentra bajo examen de la sala Quinta en la presente oportunidad. Igualmente, citó la sentencia C-572 de 2009 en la que la Corporación efectuó una juiciosa aproximación al concepto de familia. En uno de los apartes del fallo sostuvo sobre el particular: “El punto de partida clásico de la noción de familia es aquel según el cual aquélla se origina en el matrimonio. De igual manera, este término incluye el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a cargo, la relación de hombre y mujer sin descendencia. Igualmente, abarca los lazos familiares derivados de la adopción. Este es el concepto que se toma en consideración en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), al igual que la

Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

[46] I.C.B.F. Resolución 3748 de 2010, por la cual se aprueba el lineamiento técnico administrativo del programa de adopciones
http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_3748_2010.htm

[47] Folio 89.

[48] Ibíd. Folio 45.

[49] Folio 55.

[50] El artículo 20 de la Ley 1098 de 2006. Ley de infancia y adolescencia, señala que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos contra:

2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.

3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.

[51] Respuesta a la acción de tutela por parte del ICBF, Regional Tolima. Folio 160.

[52] Ibíd. Folio 43.

[53] Ibíd., folio 162.

[54] Folio 50.

[55] Folio 118.

[56] Informe interdisciplinario solicitado por el defensor de familia del Centro Zonal Galán, el 12 de febrero de 2014, proferido por la psicóloga Verónica Mesa Amaya. Folio 8.

[57] INFORME SOCIAL PARD. Centro Zonal Galán. Regional Tolima ICBF. Segunda parte del informe – estudio social. FACTORES DE GENERATIVIDAD Y VULNERABILIDAD. 14 de mayo de

2013. Folios 118 - 123.