

Sentencia T-209/02

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Alcance

DECLARACION DE ABANDONO-Obligación legal de notificarla en forma personal/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Recurso de revisión contra sentencia de adopción

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

Resulta indiscutible que a la luz de los principios que orientan la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, principio éste que tiene desarrollo legislativo en el deber de todas las personas y las entidades tanto públicas como privadas, de atender el interés superior del menor y en la interpretación finalista de las normas establecidas para su protección. Sin embargo, no pueden las autoridades públicas olvidar que todas sus decisiones deben ser el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio, mucho menos los defensores de familia para quienes es imperativa la sujeción a la Constitución y a la ley, por cuanto, las decisiones que adoptan afectan directamente a la familia y por ende a la sociedad. Por ello, tienen el deber constitucional y legal de garantizar como el que más, el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de igualdad de las partes. De las pruebas que obran en el expediente resulta indiscutible la voluntad de la abuela consanguínea del menor xx, de asumir el cuidado de su nieto, y con ese exclusivo fin se acercó a varias entidades del Estado, entre ellas como se ha expresado varias veces, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se le entregó un carnet de protección del menor, pero adicionalmente, acudió a la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, entidad en la que se comisionó a una funcionaria para que adelantara el correspondiente seguimiento del caso ante el I.C.B.F. sin que aparezca en ninguna parte del proceso, ningún informe al respecto de la funcionaria comisionada.

SENTENCIA DE ADOPCION-Solicitud de copias por abuela del menor/RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION CONTRA SENTENCIA DE ADOPCION-Abuela que desea interponerlo

Si con respecto a la sentencia de adopción proferida por el Juzgado, la abuela consanguínea del menor ha hecho expresa la manifestación de su decisión de impugnarla mediante la interposición de un recurso extraordinario de revisión conforme a lo previsto por la ley, ese derecho no le puede ser conculcado por una decisión judicial denegatoria de las copias por ella consideradas como necesarias para su interposición a pretexto de preservar intangible la reserva del expediente, como sucedió en este caso, ya que por esta vía se haría nugatorio el derecho que el artículo 229 de la Carta, garantiza a todas las personas para acceder a la administración de justicia. Por ello, habrá de ordenarse al dar traslado de la petición aludida al Tribunal Superior que es el competente para resolverla, para que se le dé curso a esa petición mediante trámite incidental, para lo cual se indicará a la accionante el procedimiento a seguir, con la aclaración de que, habiendo sido presentada tal solicitud el 24 de septiembre de 1999, no podrá contarse para efectos del cómputo del término de caducidad el tiempo transcurrido entre esa fecha y la ejecutoria de esta sentencia. Si, como se expresa en el numeral precedente la Corte protegerá el derecho de la actora a acceder a la administración de justicia para impugnar mediante el recurso extraordinario de revisión la sentencia mediante la cual se decretó la adopción del menor a quien se refiere esta providencia, es claro que mientras esa sentencia no sea invalidada por decisión judicial si el recurso aludido prospera, la adopción continua gozando de la presunción de legalidad y, por ello, el niño continuará con la plenitud de sus derechos en la familia adoptiva, por lo que acceder a las pretensiones de la accionante, resultaría prematuro pues equivaldría a dejar sin objeto la decisión del recurso extraordinario de revisión.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Falta de coordinación interna entre sus dependencias

Del mismo modo y con el propósito de que situaciones anómalas como esta de que dan cuenta las actuaciones y omisiones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con respecto a la declaración de abandono del menor a que ella se refiere, la falta de coordinación interna de sus distintas dependencias, hasta el punto de que la una ignora que la otra otorgó a la abuela un carnet de protección al menor, habrá de ordenarse a prevención a esa entidad la elaboración de un plan concreto de carácter administrativo y operativo que impida que en el futuro se presenten irregularidades como las ya anotadas en esta providencia, en relación con otros niños colombianos en el futuro, para cuya eficacia habrá especial vigilancia de la Procuraduría General de la Nación y será enterado para el

cumplimiento de sus funciones de promoción y defensa de los derechos humanos, el Defensor del Pueblo.

Referencia: expediente T-524710

Peticionario: Ana Matilde Alvarez Borrais

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil dos (2002).

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

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número once ordenó la selección del mencionado expediente por auto de 29 de noviembre de 2001.

I. ANTECEDENTES

La señora Ana Matilde Alvarez Borrais, actuando a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en busca de la protección del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, y de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

1. De la unión de la señora Ana Matilde Alvarez Borrais y el señor Tulio Bernal Romero, nació una niña a quien llamaron Magnolia Rocío Bernal Alvarez. Los padres de la menor se separaron cuando ella contaba con siete meses de edad y, desde entonces, la señora Ana Matilde Alvarez no ha tenido noticias de él, razón por la cual la crió sola desde su nacimiento, brindándole todos los cuidados requeridos para su formación.

2. Magnolia Rocío Bernal Alvarez, terminó sus estudios de bachillerato y en el año 1992

ingreso al Sena. Una vez finalizados sus estudios fue vinculada a la empresa Toyota. Allí conoció a un compañero de trabajo llamado Camilo Herrera con el cual inició una relación, a raíz de la cual comenzó a variar su forma de ser, de vestir, e inicio el consumo de drogas y alcohol, circunstancias que comenzaron a deteriorar la relación madre-hija.

3. Magnolia Rocío Bernal, el 1 de octubre de 1993 abandonó la casa de su madre, cuando ya contaba con un mes de embarazo.

4. Por informaciones recibidas de varias señoras con las cuales trabajó Magnolia Rocío, la demandante mantenía informada sobre la vida de su hija y de su nieto, y de esa manera se enteró que su hija se encontraba viviendo en un sitio de homosexuales y de prostitución, y que se encontraba cohabitando con un hombre de pésimos antecedentes, todo lo cual ponía en grave peligro la vida de su nieto.

En diciembre de 1994, acudió a la Comisaría de Veraguas de donde la enviaron a la Comisaría IV de Familia de Villa Javier, lugar donde denunció el hecho, con el objetivo de que le entregaran la custodia de su nieto o, tratar de lograr que su hija Magnolia Rocío volviera a su hogar con el niño. En efecto, aduce que en la audiencia de conciliación se lo propuso a su hija, pero ella no accedió a la propuesta de su madre y, por el contrario, se refirió a ella en términos displicentes.

5. Manifiesta la demandante que el 26 de enero de 1995, fue al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para obtener información sobre la situación de su nieto, siendo remitida a la sede del centro, lugar en donde se le practicó una entrevista y le entregaron un carnet de protección del menor, pero nunca le dieron una cita con la trabajadora social porque no se conocía el domicilio del menor. No obstante relata que de lunes a viernes preguntaba por su caso, pero la única respuesta que le daban era el desconocimiento del paradero de su hija y de su nieto.

6. Después de varios intentos por conocer el paradero de su hija, en el año 1996 acudió a la Sijin de menores Unidad Bacatá en Germania, al Grupo Gaula en 1997, lugar en donde se entrevistó con un teniente de apellido Montealegre, quien le aconsejó que fuera al Hospital San Pedro Claver en busca de la historia clínica del menor, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y solicitara los documentos del niño. Sin embargo, en el ICBF le contestaron que esos documentos estaban extraviados. Ante esa situación, relata que acudió

a la Defensoría del Pueblo, en donde fue atendida por una funcionaria que la remitió a la Personería, lugar en donde instauró la respectiva queja el día 15 de enero de 1997.

7. Posteriormente en el año 1998, la actora contrató los servicios de un abogado, quien después de 17 meses le manifestó que tenía que realizar una declaración extrajuicio, porque el juzgado de familia se había abstenido de recibir los documentos por la falta de registro civil del menor. Esa declaración se llevó a cabo el 27 de octubre de 1998 en la Notaría Primera de Bogotá, ante dos testigos. A su vez, el 5 de junio de 1999, entabló una denuncia ante la Fiscalía Antisecuestro.

8. Continúa su relato señalando que en el año 1999 consultó a otro profesional del derecho, quien le aseguró que ya no se podía hacer nada y, le indicó el sitio en donde podía obtener información sobre el registro del niño. Así las cosas, se dirigió a la Notaría Tercera de Bogotá y el 23 de agosto de 1999 solicitó el registro civil de su nieto, momento en el cual se enteró de su adopción.

Ante esa circunstancia, en el mismo año instauró la respectiva queja ante la Procuraduría, correspondiendo su conocimiento a la funcionaria María Fanory Suárez “quien trató despectivamente a la quejosa, diciéndole que no molestara porque el niño estaba en adopción y el caso en reserva, acusándola de un delito por tener el registro del niño”.

El 15 de septiembre de 1999, contrató los servicios de otro abogado, con quien después de dos años tampoco tuvo ningún resultado.

9. Aduce la apoderada de la actora que de todo el “víacrucis” que ha tenido que soportar su representada en cada una de las instituciones del Estado, lo que ha obtenido es la declaración de abandono del menor mediante Resolución 00136 de 10 de julio de 1996, proferida por el I.C.B.F., y su posterior adopción en manos de la señora María Alexandra Ochoa Restrepo “quien conocía la intención de la Sra. ANA MATILDE ALVAREZ, de obtener la custodia de su nieto, por lo que su actuación dentro del proceso de adopción fue de mala fe. Adopción que fue proferida por el Juzgado 11 de Familia de Santafé de Bogotá, D.C., según consta en el Registro Civil del menor No. 21411466, notaría tercera del círculo de Santafé de Bogotá, D.C.”.

10. Se indica en el escrito de tutela, que con el registro de su nieto y con el conocimiento de

su adopción, elevó derecho de petición ante el Juzgado Once de Familia de Bogotá con miras a iniciar la acción de revisión, en donde le negaron la petición por tratarse de un asunto sometido a reserva.

11. La actora expresa que el menor nunca fue abandonado y, que si se encontraba en situación de peligro, toda su familia, en especial su abuela materna anhelaba poder brindarle todo el cuidado, protección y amor necesarios para su desarrollo. Añade que es una persona que vive sola, cuenta con una casa de su propiedad y con recursos propios producto de arriendos y trabajo independiente.

Considera que en el caso sub examine se ha vulnerado además del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, el derecho al debido proceso, porque a pesar de que las autoridades conocían su intención de proteger al menor del peligro en que se encontraba y obtener la custodia de su nieto, dadas las condiciones mentales de la madre y su problema de drogadicción, sus peticiones nunca fueron atendidas, por el contrario, todas fueron desestimadas. Nunca recibió notificación o aviso del paradero del menor, ni se realizó diligencia alguna a su lugar de residencia o, el adelantamiento de una investigación en donde ella tuviera participación y oportunidad de defensa, si es que se presumía que no reunía las condiciones necesarias para obtener la custodia de su nieto, teniendo en cuenta que fue ella quien denunció el peligro que corría el menor.

12. Por último, la apoderada de la accionante considera que la sentencia proferida por el Juzgado Once de Familia constituye una vía de hecho, por cuanto el juzgador se basó para tomar su decisión en una actuación administrativa que carece de sustento probatorio (defecto fáctico); que va en contraposición directa a la norma que debió aplicarse al caso concreto (defecto sustantivo), y del procedimiento que establecido en el Código del Menor (defecto procedimental), como quiera que la única norma aplicable al caso en cuestión era el artículo 57, numeral 2, o, en caso extremo el numeral 3, pero nunca la adopción del menor, mucho menos cuando se conocía la existencia de un familiar que lo reclamaba.

Manifiesta que si bien es cierto en los casos de adopción, la ley permite el ejercicio del recurso extraordinario de revisión, en el presente caso no es procedente por cuanto sería permitir que se siguieran violando indefinidamente los derechos fundamentales de la actora.

13. Solicita que se tutelen sus derechos y, que en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia de adopción y la declaratoria de abandono. Por lo tanto, que se conceda la custodia del menor a su abuela y, como medida provisional inmediata la actora pide que se le permita visitar al menor.

Réplica

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, manifiesta que la historia socio familiar que contiene los documentos y actuaciones administrativas propias del proceso de adopción, fue cerrada por sentencia de adopción y se encuentra en archivo bajo la reserva establecida por el artículo 114 del Código del Menor.

Por su parte, la Procuradora 36 judicial - familia, enterada de la acción de tutela, expresó que revisadas todas y cada una de las actuaciones surtidas dentro del proceso que se tramitó ante el Juzgado Once de Familia, se observa que fueron adelantadas bajo los parámetros establecidos por la ley, como quiera que las pruebas oportunamente aportadas y valoradas dentro del expediente cumplieron con los presupuestos exigidos por las disposiciones legales que rigen la materia.

Añade que al menor no se le vulneró ningún derecho, por el contrario, con la medida de protección tomada por el defensor de familia y el juzgado demandado, en interés superior del menor, se observa que se le proporcionó un hogar que cumplió los requisitos legales y las disposiciones constitucionales.

II. FALLO DE INSTANCIA

Agrega el juez constitucional, que los fines que persigue el proceso de adopción justifican el celo legislativo en torno al desarrollo de los trámites tendientes a obtener la adopción de un menor de edad, imponiendo restricciones a los intervinientes en los mismos y estableciendo una estricta reglamentación en cuanto a la posibilidad de que lo decidido pueda ser considerado una vez ejecutoriada la sentencia correspondiente, la que solamente puede ser invalidada a través del recurso extraordinario de revisión, circunstancia que también obedece a la protección especial que a los menores de edad quiso darles la Constitución

Política.

Aduce el Tribunal que cuando la autoridad competente encuentra que el menor se encuentra en estado de abandono, no se puede hablar de separación de la familia pues, en ese caso el menor no la tiene, por ello es que ese es el paso previo a la búsqueda de la familia adoptiva, que es en últimas la que va a garantizar el derecho a tener una.

Considera que en el expediente no aparece que haya sido vulnerado el debido proceso, ya que las providencias dictadas por la juez del conocimiento de la adopción, se encuentran debidamente fundamentadas y apoyadas en las pruebas que obran en él “y si lo que se arguye es que la abuela del menor debió ser citada a dicho proceso, debe sentarse que la misma no se encuentra prevista por parte alguna de nuestro ordenamiento legal”.

Advierte finalmente, que no se escapa a la Sala la negligencia de la accionante, pues si en verdad se le negó el acceso al menor y a la información que requería de las autoridades administrativas, lo lógico era que hubiera acudido a todas las vías, incluidas las judiciales, para el buen desarrollo de sus propósitos.

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE

Mediante auto de 18 de enero de 2002, se ofició al Juzgado Once de Familia con el objeto de que remitiera a esta Corporación la actuación surtida dentro del proceso de adopción del menor xx, impetrado por los señores Pedro Pablo Jaramillo Aponte y María Alexandra Ochoa Restrepo, como quiera que dicha actuación resulta indispensable para un pronunciamiento de fondo en la acción de tutela de la referencia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. El tema jurídico a tratar

Pretende la accionante que por medio de la presente acción de tutela se dejen sin efecto: la sentencia de adopción proferida por el Juzgado Once de Familia de Bogotá, y la Resolución No. 00136 de 10 de julio de 1996, proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, mediante la cual se declaró en situación de abandono al menor xx, nieto de la actora Ana Matilde Alvarez Borrais.

Como quedó establecido en los antecedentes, la accionante considera que dichas entidades le vulneraron su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Antes de entrar al estudio del caso concreto, y poder determinar si le asiste razón a la demandante, es pertinente realizar unas breves consideraciones sobre la prevalencia constitucional de los derechos de los niños, el propósito principal de la institución de la adopción, y recordar brevemente algunas normas sustantivas y procedimentales en materia del derecho de los menores, de suerte que pueda la Sala de Revisión arribar a una decisión, que en todo caso, tendrá como objetivo primordial el interés superior del menor, sin que ello signifique que no se reconocerán los derechos fundamentales de la actora, en el evento de que hayan sido conculcados.

3. Los derechos fundamentales de los niños frente a la Constitución y a la ley. El proceso de adopción.

3.1. El artículo 44 de la Constitución Política consagra como uno de los derechos fundamentales de los niños, el de tener una familia y no ser separado de ella. La familia como lo establece el artículo 42 íbidem es el núcleo fundamental de la sociedad, por cuanto, se constituye en el ámbito apropiado e idóneo para el desarrollo integral de los miembros que la conforman, particularmente de los niños que hacen parte de ella, bien se trate de los habidos dentro del matrimonio o fuera de él, o los adoptados, que en todo caso tendrán igualdad de derechos y deberes (art. 42, inciso 6 C.P.).

Así las cosas, si el menor por cualquier razón carece de una familia dentro de la cual pueda crecer y desarrollarse como una persona apta para ser parte de una sociedad, corresponde al Estado intervenir en procura de los derechos que la Constitución les reconoce. Surge

entonces, la institución de la adopción como un mecanismo alternativo de protección del menor, consagrada por el legislador extraordinario en el Decreto - ley 2737 de 1989, artículo 88 (Código del menor), en el cual se dispone que la adopción es "(...) principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofamiliar entre personas que no la tienen por naturaleza".

Como lo ha dicho la Corte, la finalidad de este mecanismo se enmarca dentro del interés superior del menor y, consiste en "(...) dar protección al menor garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, no sólo en su aspecto físico e intelectual sino también emocional, espiritual y social. El fin de la adopción como lo ha sostenido la Corte, no es solamente la trasmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta. En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad.

La adopción encuentra fundamento constitucional en los artículos 42, 44 y 45 que establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral"¹

3.2. Ahora bien, la Constitución de 1991 al elevar a rango constitucional los derechos fundamentales de los niños, no hace otra cosa que culminar con una preocupación constante del legislador que ha tenido por finalidad siempre y, eso se ve con claridad en una serie de desarrollos legislativos, la de proteger a la infancia de toda forma de maltrato, abuso, abandono, y en fin cualquier clase de actitud positiva o negativa que ponga en peligro la vida o la integridad física o emocional de los menores. Con miras a hacer efectivos los derechos de los niños, el legislador extraordinario en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 56 de 1988 expidió el Código del Menor, que tiene por objeto entre otros, la de "[d]efinir las situaciones irregulares bajo las cuales puede encontrarse el menor; características y consecuencias de cada una de tales situaciones" y "[d]eterminar las medidas que deben

adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentre en situación irregular” (art. 1° Dto. 2737/89).

Entre las situaciones irregulares en que se puede encontrar un menor, está según el artículo 30, numeral 1° del Código del Menor, que se encuentre en situación de abandono o de peligro, que puede presentarse de diversas formas, entre ellas cuando “[f]altaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor” (art. 31, numeral 2° Dto. 2737/89).

Dicho incumplimiento, según el párrafo 1° del artículo 31 citado, se presume cuando el menor se encuentre dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o “cuando no convive con las personas llamadas por ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario”.

Según el artículo 36 íbidem, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, para lo cual actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de dicha situación. Para ello, según lo ordenado por el artículo 37 de la normatividad citada, se abrirá la correspondiente investigación mediante auto en que se ordenará la práctica de todas las diligencias y pruebas tendientes a establecer las circunstancias que configuran la situación de abandono o de peligro del menor. En el auto de apertura de investigación, dispone el inciso segundo de la misma norma, se ordenará la citación de quienes por ley deben asumir el cuidado personal de la crianza y educación del menor, o de quienes de hecho lo tengan si se conoce su identidad y residencia. Norma esta que debe ser integrada con los artículos 61 del Código Civil que establece “[e]n los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

2° Los ascendientes legítimos, a falta de descendientes legítimos...; y, con el artículo 411 del ejusdem, dispone que se deben alimentos, entre otros, a los descendientes legítimos.

Una vez surtido todo el procedimiento establecido en el capítulo segundo del Código del Menor, y proferida la resolución en que se declare la situación de abandono, se decretarán

una o varias de las medidas de protección consagradas en el artículo 57 del Código del Menor, así: “1. [l]a prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa.

2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.

3. La colocación familiar.

4. La atención integran en un Centro de Protección Especial

5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.

6. Cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral...”.

Vista la prelación constitucional y, la relevancia legal de los menores en nuestro Estado social y democrático de derecho, entra la Sala de Revisión al estudio del caso concreto, a fin de verificar si el procedimiento administrativo y judicial que concluyó con la declaratoria de abandono del menor xx y su posterior adopción, se sujetó con rigor a la Constitución y a la ley.

4. El caso concreto

4.1. Según el registro civil del menor xx que obra a folio 4 del expediente de tutela, éste nació el 2 de junio de 1994 en la Clínica San Pedro Claver de la ciudad de Bogotá.

Aduce la accionante que por información de una señora de nombre Luzmila, se enteró que su nieto estaba corriendo peligro, por cuanto su hija Magnolia Rocío Bernal se encontraba viviendo en un sitio de homosexuales y prostitutas, con su menor hijo. Ante esa situación, se dirigió en diciembre de 1994 a la Comisaría de Veraguas con el fin de denunciar el peligro en que se encontraba el menor, lugar de donde fue enviada a la avenida 3 No. 30-31, y de allí fue remitida a la Comisaría IV de Familia, en donde finalmente denunció el hecho con el fin

de que le entregaran la custodia del menor, o, tratar de llegar a una “conciliación” con su hija, con el objetivo de que regresara al hogar junto con el niño, circunstancia que no se dio.

Fallido el intento de obtener la custodia de su nieto o del retorno de su hija y el menor al hogar de la accionante, comenzó la búsqueda “incansable” por obtener la custodia pretendida, para lo cual, acudió a varias entidades del Estado en procura de obtener resultados positivos, tal como quedó expuesto en los hechos de esta acción de tutela, pero lo único que encontró fue la declaratoria de abandono del menor por parte de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Bogotá, y su posterior adopción.

4.2. Del acervo probatorio que obra en el expediente resulta inocultable que el menor xx fue abandonado por su madre y reclamado por su abuela, quien con el objeto de proteger al menor, adelantó las actuaciones que a continuación se indican:

a) Denunció el peligro en que se encontraba su nieto ante la Comisaría IV Distrital de Familia de Bogotá (fl. 5), de donde fue remitida el 27 de enero de 1995, a la Coordinadora del Centro Zonal de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde se le entregó un carnet de protección del menor, con identificación 24040115 y número de historia 017 de 1995 (fl. 6).

b) Acudió el 14 de junio de 1996 a la Policía Metropolitana, Sijin, Unidad de Menores y personas desaparecidas, en donde solicitó la búsqueda y localización de su hija y de su nieto, dejando consignada su dirección (Cra. 77 No. 13A-22) y dos números telefónicos (2926552-2922206), (fl. 8).

c) Posteriormente, presentó la queja No. 065-008869 de 1996 ante la Personería Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, Protección de la Familia y del Menor de Bogotá, la cual fue archivada mediante auto No. 004 de 15 de enero de 1997 (fl. 10).

d) Así mismo, en el año 1999 presentó queja ante la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, en donde se comisionó a la doctora María Fanory Suárez para que adelantara el correspondiente seguimiento ante el I.C.B.F. Centro Zonal Santafé (fl. 11).

e) Finalmente el 24 de septiembre de 1999, enterada de la adopción de su nieto, en ejercicio del derecho de petición, solicitó al Juzgado Once de Familia copia de la providencia mediante la cual se decretó la adopción del menor xx, con miras a adelantar el recurso extraordinario

de revisión (fl. 12).

4.3. De las gestiones adelantadas por la señora Ana Matilde Alvarez Borrais, se observa que desde el mismo momento en que tuvo conocimiento del peligro en que se encontraba su nieto, acudió en procura de su protección a diversas entidades del Estado, en su calidad de ascendiente legítima y en cumplimiento de un deber legal. Con todo, en el trámite administrativo que se adelantó por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no aparece por ninguna parte la citación a la actora para que acudiera a dicho trámite administrativo, a pesar de que incluso se le había expedido por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un carnet de protección al menor con número de historia 017 de 1995, y, que en algunas de dichas entidades había quedado consignada una dirección y dos teléfonos en donde hubiera podido ser localizada, sin que se hubiera siquiera intentado dicha localización, según se desprende del trámite administrativo adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Para mayor claridad, veamos cual fue el trámite a que se ha hecho mención:

5.1. Del análisis del expediente contentivo del proceso de adopción remitido a esta Corporación por el Juzgado Once de Familia de Bogotá, previa solicitud hecha por auto de enero 18 de 2002, aparece la Resolución No. 00136 de julio 10 de 1996, mediante la cual se declaró en situación de abandono al menor xx, y se decretó como medida de protección la establecida en el numeral 5° del artículo 57 del Decreto 2737 de 1989, esto es

“[l]a iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono”.

En las consideraciones de la mencionada resolución quedó consignado que ante denuncia presentada por la señora María Alexandra Ochoa Restrepo, el 25 de enero de 1995 en la Comisaría Tercera de Familia, quien tenía a su cargo el menor debido a que su progenitora lo dejaba en su poder por temporadas aduciendo la falta de recursos para mantenerlo y el lugar inapropiado en el que vivía (club de travestis y prostitutas), se abrió la historia socio - familiar a favor del menor xx de 8 meses de edad por encontrarse en situación de peligro, en el Centro Zonal Suba del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Se indica también en la referida resolución que con fundamento en esa denuncia se enviaron boletas de citación al presunto paradero de la señora Magnolia Rocío Bernal, madre biológica

del menor, sin que se hubiera obtenido respuesta alguna. Adicionalmente se señala que se solicitó visita domiciliaria con el fin de verificar las condiciones socio - familiares del menor, conceptuándose por parte de la trabajadora social “la adaptación del menor con los integrantes de la familia de la señora MARIA ALEXANDRA PARRA OCHOA, la afectividad entre sus miembros y el buen estado actual del pequeño en el medio”.

Se manifiesta también en las consideraciones de la citada resolución, que el Defensor de Familia del Centro Zonal Suba, mediante auto de 1 de septiembre de 1995 abrió investigación de las diligencias de protección a favor del menor, en la cual ordenó la práctica de todas las pruebas y diligencias tendientes a definir su situación legal, y como medida provisional ordenó la ubicación del menor en medio familiar. Se aduce también en la Resolución 136 de 1996, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 40 del Código del Menor, se procedió a solicitar la publicación en medio masivo, del menor xx, con resultados negativos. Así mismo se indica, que transcurrido más de un año, ni la madre ni familiar alguno se presentó a hacer valer sus derechos y asumir la responsabilidad pertinente.

5.2. La Defensora de Familia del Centro Zonal Suba, mediante informe secretarial de julio 17 de 1996, informó el desconocimiento del paradero de la madre del menor y/o representante legal del mismo, razón por la cual se hacía imposible la notificación personal de la Resolución No. 136 de 1996, procediendo entonces a notificar por medio de edicto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 50 del Decreto 2737 de 1989

Aparece en el expediente contentivo del proceso de adopción que el edicto fue fijado el 19 de julio de 1996 y desfijado el 26 de julio del mismo año. Así mismo, existe constancia secretarial de que las diligencias permanecieron en secretaría por el término de 3 días hábiles, sin que ninguna persona se presentara a interponer recurso alguno. Igualmente, aparece constancia secretarial ordenando la permanencia de las diligencias en secretaría por el término de 20 días, para que los padres y/o representantes legales tuvieran la oportunidad de hacer uso del recurso de homologación, conforme a lo establecido en el artículo 61 del Código del Menor “sin que se haya hecho uso de la homologación”.

6. Análisis del caso sub examine

6.1. Observa la Sala que en la Resolución 136 de julio 10 de 1996, se señala que una vez abierta la investigación mediante auto de diciembre 1 de 1995, por parte del Defensor de Familia del Centro Zonal Suba, se ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 40 del Código del Menor, que consagra que en caso de desconocimiento del domicilio o residencia de las personas de quienes depende el menor, la citación ordenada por el artículo 37 de la misma normatividad, se hará mediante publicación o transmisión en un medio masivo de comunicación local o nacional.

Como quedó expuesto, una de las finalidades contenidas en el Código del Menor, consiste en definir las situaciones irregulares en las cuales puede en un momento dado encontrarse un menor y, señalar los mecanismos jurídicos procedentes para su protección. Para dicha función, el legislador confió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor la facultad de declarar las situaciones de abandono de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida (art. 36 C. del M.). Para ello, en el auto que abre la investigación el Defensor de Familia debe ordenar la práctica de las pruebas y diligencias tendientes a establecer la situación de abandono y además, ordenar la citación mediante notificación personal de las personas que por ministerio de la ley están llamadas a asumir la crianza y cuidado personal del menor (arts. 37 y 38 C. del M.).

En el caso sub examine, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debiendo tener conocimiento de la existencia de la abuela consanguínea del menor xx, como quiera que le expidió un carnet de protección al menor, en el cual se lee “Centro Zonal Santafé”, identificación 24040115 y número de historia 017 de 1995, ni siquiera intentó la notificación personal de la actora, sino que de una vez procedió, como quedó consignado en la resolución tantas veces citada, a la publicación sobre la situación del menor en el Diario La República el 21 de marzo de 1996. Es decir, existiendo la obligación legal de notificar en forma personal a la accionante, no se hizo y, por el contrario, quedó consignado en la Resolución 136 de 1996 que “...transcurrido más de un año, ni la madre, ni familiar alguno se ha presentado a hacer valer sus derechos y asumir la responsabilidad pertinente, situación que conlleva a tomar decisiones obrando en interés supremo del menor”.

Tratándose de una investigación de tanta trascendencia y con tantas repercusiones sociales y privadas como es la declaratoria de abandono o de peligro de un menor, y el decreto como

medida de protección, la de iniciar los trámites de adopción, confiada por el Código del Menor a los Defensores de Familia, se requiere a juicio de la Corte, un celo excesivo en el procedimiento exigido por la ley para esos casos, mucho más, cuando la misma ley dispone que la declaración de abandono en que se disponga la medida de protección señalada, produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad del menor adoptable (art. 60 Dto. 2737/89).

Proferida la Resolución 136 de 1996, y existiendo también la obligación legal de notificarla en forma personal (art. 49 C. del M.), no se hizo y se procedió a la notificación por edicto. De esa forma, es decir, sin la concurrencia de la accionante, se adelantó todo el proceso administrativo y judicial que concluyó con el decreto de adopción del menor, previa demanda presentada por los señores Pedro Pablo Jaramillo Aponte y María Alexandra Ochoa Restrepo, a la cual se allanó la Defensora Once de Familia.

6.2. Resulta indiscutible que a la luz de los principios que orientan la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (art. 44 C.P.), principio éste que tiene desarrollo legislativo en el deber de todas las personas y las entidades tanto públicas como privadas, de atender el interés superior del menor (art. 20 C. del M.) y en la interpretación finalista de las normas establecidas para su protección (art. 22 íbidem). Sin embargo, no pueden las autoridades públicas olvidar que todas sus decisiones deben ser el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio (art. 29 C.P.), mucho menos los defensores de familia para quienes es imperativa la sujeción a la Constitución y a la ley, por cuanto, las decisiones que adoptan afectan directamente a la familia y por ende a la sociedad. Por ello, tienen el deber constitucional y legal de garantizar como el que más, el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de igualdad de las partes (arts. 29, 13 C.P. y 4 C.P.C).

De las pruebas que obran en el expediente resulta indiscutible la voluntad de la abuela consanguínea del menor xx, de asumir el cuidado de su nieto, y con ese exclusivo fin se acercó a varias entidades del Estado, entre ellas como se ha expresado varias veces, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se le entregó un carnet de protección del menor, pero adicionalmente, acudió a la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, entidad en la que se comisionó a una funcionaria para que adelantara el correspondiente seguimiento del caso ante el I.C.B.F. Centro Zonal Santafé, sin que aparezca

en ninguna parte del proceso, ningún informe al respecto de la funcionaria comisionada.

Adelantado entonces el proceso administrativo sin que la accionante hubiera tenido la posibilidad de impugnar la Resolución 136 de 1996, ni de solicitar su homologación ante el juez competente (arts. 61 y 63 C. del M.), mecanismo establecido por la ley como un control de legalidad con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar las deficiencias en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa y, enterada de la adopción de su nieto, ejerció el derecho de petición ante el Juzgado Once de Familia con el objeto de obtener copias del expediente para ejercer el derecho de impugnar la sentencia de adopción mediante el recurso extraordinario de revisión, el cual le fue negado de plano, circunstancia que le impidió el análisis material del expediente para poder elaborar la demanda respectiva.

6.4. Se acusa la sentencia del Juzgado Once de Familia de haber incurrido en una vía de hecho. A juicio de la Corte, si bien no se puede afirmar que en la sentencia se haya desplegado una ardua actuación judicial, por cuanto la juez en la sentencia se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos que para el efecto exige el Código del Menor, lo cierto es que realiza unas breves consideraciones en torno a las pruebas que le allegaron al proceso, teniendo en cuenta el trámite adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, con fundamento en las pruebas allí recaudadas profiere la sentencia de adopción, premunida de la presunción de legalidad y acierto de la resolución del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Así las cosas, no se puede predicar que se haya presentado arbitrariedad ostensible, o desconocimiento de los supuestos fácticos y jurídicos que hacían parte del proceso.

6.5. Ahora bien, la Sala de Revisión sí considera que la Juez Once de Familia ante la petición presenta por la señora Ana Matilde Alvarez Borrais, en el sentido de solicitar copia de la sentencia que decretó la adopción de su nieto, con miras a iniciar la acción de revisión, en vez de rechazar dicha solicitud de plano argumentando para ello la reserva que consagra el artículo 114 del Código del Menor, ha debido correr traslado al Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, u orientar a la accionante en relación con el trámite a seguir, para que esa

entidad se pronunciara al respecto, atendiendo los graves motivos que justificaban el levantamiento de dicha reserva, tal como lo dispone el inciso tercero de la mencionada norma legal.

Dada la misión especial que se le confía a la jurisdicción de familia, para proteger los derechos de la familia y del menor, y teniendo en cuenta los antecedentes que se han relatado en esta providencia, la Corte encuentra carente de fundamento la afirmación hecha por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, en el sentido de que: “[s]e negará la tutela de los derechos invocados, sin más consideraciones, por no ser ellas necesarias, advirtiéndose, empero, que no escapa a la Sala la negligencia de que ha hecho gala la accionante, pues si, en verdad, se le negó, en su momento, el acceso al menor y a la información que requería de las autoridades administrativas, lo lógico era que hubiera acudido a todas las vías, incluidas las judiciales, para el buen suceso de sus propósitos”.

Llama también la atención la afirmación hecha por el Tribunal de Bogotá, Sala de Familia, en el sentido de que no se vulneró el derecho al debido proceso de la accionante por su falta de citación en su calidad de abuela consanguínea del menor, porque “...la misma no se encuentra prevista por parte alguna de nuestro ordenamiento legal”, lo cual, como quedó consignado en esta providencia no se ajusta a lo establecido por los artículos 37 del Código del Menor, 61 y 411 del Código Civil, como quedó expuesto.

7. Es claro para la Corte que conforme a lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y al Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es de carácter subsidiario y que a ella sólo puede acudir cuando ante la jurisdicción respectiva no puede ejercerse ninguna actuación o recurso en procura de la protección de los derechos que se consideran vulnerados, por lo que en este caso no resultaría acorde con el ordenamiento jurídico proveer de manera directa sobre la pretensión de la demandante de que se deje sin efecto la sentencia de adopción del menor xx, proferida por el Juzgado Once de Familia de Bogotá, ya que para el efecto existe a su disposición el recurso extraordinario de revisión.

8. Dadas las consideraciones anteriores, resulta evidente para la Corte que si con respecto a la sentencia de adopción proferida por el Juzgado Once de Familia de Bogotá, la abuela consanguínea del menor ha hecho expresa la manifestación de su decisión de impugnarla mediante la interposición de un recurso extraordinario de revisión conforme a lo previsto por

la ley, ese derecho no le puede ser conculcado por una decisión judicial denegatoria de las copias por ella consideradas como necesarias para su interposición a pretexto de preservar intangible la reserva del expediente, como sucedió en este caso, ya que por esta vía se haría nugatorio el derecho que el artículo 229 de la Carta, garantiza a todas las personas para acceder a la administración de justicia.

Por ello, habrá de ordenarse al Juzgado Once de Familia de Bogotá dar traslado de la petición aludida al Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, que es el competente para resolverla, para que se le dé curso a esa petición mediante trámite incidental, para lo cual se indicará a la accionante el procedimiento a seguir, con la aclaración de que, habiendo sido presentada tal solicitud el 24 de septiembre de 1999, no podrá contarse para efectos del cómputo del término de caducidad el tiempo transcurrido entre esa fecha y la ejecutoria de esta sentencia.

9. Como quedó dicho en los antecedentes de esta acción de tutela la actora solicita que se deje sin efectos la sentencia de adopción y el trámite previo de carácter administrativo surtido ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que culminó con la declaración de abandono del menor xx y, además, impetra que se le conceda la custodia del menor y, como medida provisional inmediata que se le permita visitarlo.

Si, como se expresa en el numeral precedente la Corte protegerá el derecho de la actora a acceder a la administración de justicia para impugnar mediante el recurso extraordinario de revisión la sentencia mediante la cual se decretó la adopción del menor a quien se refiere esta providencia, es claro que mientras esa sentencia no sea invalidada por decisión judicial si el recurso aludido prospera, la adopción continua gozando de la presunción de legalidad y, por ello, el niño continuará con la plenitud de sus derechos en la familia adoptiva, por lo que acceder a las pretensiones de la accionante, resultaría prematuro pues equivaldría a dejar sin objeto la decisión del recurso extraordinario de revisión.

10. Ahora bien, si la accionante así lo requiere, dada la trascendencia del asunto, podrá contar con la asesoría de la Defensoría del Pueblo, para lo cual se dispondrá el envío de copia de esta acción de tutela a esa entidad.

11. Del mismo modo y con el propósito de que situaciones anómalas como esta de que dan cuenta las actuaciones y omisiones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con

respecto a la declaración de abandono del menor a que ella se refiere, la falta de coordinación interna de sus distintas dependencias, hasta el punto de que la una ignora que la otra otorgó a la abuela un carnet de protección al menor, habrá de ordenarse a prevención a esa entidad la elaboración de un plan concreto de carácter administrativo y operativo que impida que en el futuro se presenten irregularidades como las ya anotadas en esta providencia, en relación con otros niños colombianos en el futuro, para cuya eficacia habrá especial vigilancia de la Procuraduría General de la Nación y será enterado para el cumplimiento de sus funciones de promoción y defensa de los derechos humanos, el Defensor del Pueblo.

12. Finalmente conforme a lo expuesto en esta sentencia, considera la Corte que se hace necesario compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que se adelante la correspondiente investigación disciplinaria, en relación con la actuación adelantada por las siguientes funcionarias: i) Rosa Jimena Díaz Susa, por presunta negligencia en el adelantamiento del proceso administrativo adelantado por el I.C.B.F., que concluyó con la declaratoria de abandono del menor xx; ii) María Fanory Suárez, funcionaria comisionada por la Procuraduría Delegada para la defensa del menor y la familia, de cuya actuación no aparece ninguna prueba en el expediente, no obstante las irregularidades que se observan en el mismo; Bertha Barreto de Velandia, Personera Delegada de la Personería para la Defensa de los Derechos Humanos Protección de la Familia y del Menor, debido a la presunta negligencia por omisión en el ejercicio de sus funciones, al ordenar el archivo de la queja presentada por la señora Ana Matilde Alvarez Borrais.

E igualmente, se dispondrá compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la posible comisión de delito, por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, en que pudieron haber incurrido las mencionadas funcionarias.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, Sala de Familia, el 11 de octubre de 2001, en la acción de tutela a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Segundo: CONCEDER la tutela incoada por la señora Ana Matilde Alvarez Borrais, por violación del derecho al acceso a la administración de justicia. En consecuencia se ORDENA al Juzgado Once de Familia de Bogotá dar traslado al Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, por ser el competente, para que le dé curso a la petición de expedición de copias del proceso de adopción del menor xx, mediante trámite incidental, para lo cual se indicará a la accionante el procedimiento a seguir, con la aclaración de que, habiendo sido presentada tal solicitud el 24 de septiembre de 1999, no podrá contarse para efectos del cómputo del término de caducidad el tiempo transcurrido entre esa fecha y la ejecutoria de esta sentencia.

Tercero: DENEGAR la solicitud de la actora de que se deje sin efectos mediante esta acción de tutela la sentencia de adopción y la declaratoria de abandono del menor a quien esta providencia se refiere, así como la concesión de su custodia a la actora y la medida provisional de visitas que ella solicita, por las razones expuestas en esta providencia.

Cuarto: ORDENAR a prevención al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la elaboración de un plan concreto de carácter administrativo y operativo que impida que en el futuro se presenten irregularidades como las ya anotadas en esta providencia, en relación con otros niños colombianos en el futuro, para cuya eficacia habrá especial vigilancia de la Procuraduría General de la Nación y será enterado para el cumplimiento de sus funciones de promoción y defensa de los derechos humanos, el Defensor del Pueblo.

En consecuencia, ENVÍESE copia de esta sentencia al señor Procurador General de la Nación y al señor Defensor del Pueblo, para los efectos pertinentes.

Quinto: COMPULSAR COPIA DE ESTA SENTENCIA A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que se adelante la correspondiente investigación disciplinaria, en relación con la actuación adelantada por las siguientes funcionarias: i) Rosa Jimena Díaz Susa, por presunta negligencia en el adelantamiento del proceso administrativo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que concluyó con la declaratoria de abandono del menor xx; ii) María Fanory Suárez, funcionaria comisionada por la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, de cuya actuación no aparece ninguna prueba en el

expediente, no obstante las irregularidades que se observan en el mismo; iii) Bertha Barreto de Velandia, Personera Delegada de la Personería para la Defensa de los Derechos Humanos Protección de la Familia y del Menor, debido a la presunta negligencia por omisión en el ejercicio de sus funciones, al ordenar el archivo de la queja presentada por la señora Ana Matilde Alvarez Borrais, sin averiguación detallada y precisa para el efecto.

Igualmente, COMPULSAR COPIA DE ESTA SENTENCIA A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN para que investigue la posible comisión de hechos punibles, por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, en que pudieron haber incurrido las mencionadas funcionarias.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sent. C-477/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz