

T-210-19

Sentencia T-210/19

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN FAVOR DE MENOR DE EDAD

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

DERECHOS DE LOS NIÑOS E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Instrumentos internacionales

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Tramite y reglas para la protección de los derechos del menor

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Sentido y alcance

JUEZ DE FAMILIA-Competencia dentro de un proceso de homologación de una resolución de adoptabilidad

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN FAVOR DE MENOR DE EDAD-Orden al ICBF preserve vínculo familiar de los dos hermanos para que sean adoptados conjuntamente

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN FAVOR DE MENOR DE EDAD-Exhortar a Personería Municipal para que ayude a mejorar condiciones habitacionales del inmueble en el que viven padres de menores

Referencia: Expediente T-6.985.494

Acción de tutela interpuesta por la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha del ICBF, en representación de Julián, contra la providencia del 11 de julio de 2018 proferida por el Juzgado de Familia de Soacha – Cundinamarca.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo dos mil diecinueve (2019)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el 26 de julio de 2018 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, en única instancia, dentro del trámite de acción de tutela promovido por la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina, del Centro Zonal de Soacha del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), en representación del menor de edad Julián, contra la decisión proferida el 11 de julio de 2018 por el Juzgado de Familia de Soacha. El expediente de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez mediante auto del 16 de octubre de 2018.[1]

Aclaración preliminar

Con el fin de proteger los derechos a la intimidad, buen nombre y honra del menor de edad involucrado en el presente caso, la magistrada sustanciadora dispuso, mediante auto del 20 de noviembre de 2018, remplazar su nombre real por el nombre de Julián dentro de todas las actuaciones que se surtan durante el proceso de la referencia. En el mismo sentido, también procedió a proteger los derechos a la intimidad y buen nombre de sus

progenitores, por lo que sus nombres convencionales fueron remplazados por los de Mario y Ángela.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

1.1. El 13 de julio de 2018, la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina, actuando en representación de Julián, interpuso acción de tutela contra el Juzgado de Familia de Soacha por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la alimentación equilibrada, al desarrollo integral de la primera infancia, al ambiente sano y al amparo contra el abandono físico, emocional y psicoactivo. A juicio de la defensora, la autoridad judicial incurrió en una “vía de hecho (...) originada en un defecto fáctico”[2] al no homologar la decisión administrativa de restablecer los derechos de Julián y declararlo en situación de adoptabilidad. A continuación, se exponen los hechos en los que se funda la acción de tutela y la solicitud planteada.

2. Hechos

2.1. Julián nació el 28 de julio de 2017 en el Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha (Cundinamarca). Es hijo de Mario y Ángela, de 65 y 34 años respectivamente, quienes para el momento del nacimiento llevaban 11 meses de relación. Los dos trabajan como vendedores ambulantes de “Bon Ice”.

2.2. Mediante oficio del 3 de agosto de 2017, es decir, 6 días después del nacimiento de Julián, el Hospital Mario Gaitán Yanguas informó al ICBF que el menor de edad ingresó al servicio de urgencias del hospital aparentemente infectado por una infección urinaria materna no tratada, y agregó que “su señora madre [Ángela] evidencia poca atención para con su hijo, además presenta posible discapacidad mental. Caso que se remite ante el ICBF con el fin de prever situación de maltrato por negligencia”[3].

2.3. Con fundamento en el mencionado reporte, el mismo 3 de agosto de 2017 la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina, del Centro Zonal de Soacha del ICBF, ordenó a su equipo interdisciplinario trasladarse al hospital para verificar la presunta

vulneración de los derechos de Julián.

2.4. En el informe de verificación, el equipo interdisciplinario explicó que el niño recién nacido tiene amenazados sus derechos a la salud, a la integridad física, al desarrollo integral de la primera infancia y a la protección contra la transmisión de enfermedades infecciosas prevenibles, por cuanto sus progenitores no evidenciaron las capacidades mínimas para garantizar su cuidado. El equipo observó que la madre no sabía amamantar al bebé ni cambiarle el pañal, mientras que el padre llegó al encuentro con los funcionarios del ICBF en estado de embriaguez.[4]

2.5. Ese mismo día la defensora de familia decidió dar apertura a un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) en favor de Julián y ordenó, como medida preventiva de protección, ubicarlo en un hogar sustituto.[5] De igual forma, ordenó a su equipo realizar los estudios y valoraciones complementarias a que hubiera lugar, así como adelantar las diligencias tendientes a obtener el registro civil de nacimiento de Julián, vincularlo al sistema de salud y obtener el carnet de vacunación. Por último, ordenó notificar personalmente a Mario y a Ángela sobre la decisión.[6]

2.6. Durante la etapa probatoria del PARD, las profesionales del equipo interdisciplinario buscaron incentivar a Mario y a Ángela para que visitaran a Julián en las instalaciones del ICBF -a donde era llevado por la madre sustituta dos veces por semana- y así poder observar su capacidad e idoneidad como padres. En el informe presentado por el equipo interdisciplinario se lee lo siguiente:

“Por parte del equipo psicosocial se busca empoderar y movilizar a los progenitores frente al proceso, en varias ocasiones se les solicita asistir de forma puntual a las visitas, toda vez que estos no se presentan a la hora indicada y se ausentan antes de culminar la visita aduciendo que no cuentan con suficiente tiempo por su trabajo (...). Durante los encuentros se evidencia poca disponibilidad de los progenitores para la interacción con [Julián], se muestran pasivos, no realizan actividades estimulantes (hablarle, caricias, presentación de objetos de diferentes colores y texturas) y el niño permanece acostado en los brazos de la progenitora la mayor parte de la visita. Desde el área de psicología se han realizado sugerencias a los progenitores frente a la importancia de dichas actividades, pero no se han evidenciado cambios significativos. Así mismo, se observa que la madre sustituta les ha

brindado [a Mario y a Ángela] instrucciones frente a las actividades de cuidado (formas de sostenerlo y alimentarlo), pero estas no son asimiladas por los progenitores, quienes requieren de repetición constante de las instrucciones. Con respecto a la actitud de los dos padres (...) se han observado disputas entre ellos dentro de las instalaciones del instituto, por lo cual se les ha llamado la atención por los estilos de comunicación como por las conductas agresivas exhibidas. Es importante mencionar que a lo largo del proceso se han evidenciado hábitos de aseo inadecuados tanto en la señora Ángela como en el señor Mario (...). A pesar de que se han hecho observaciones en cuanto a la importancia de la limpieza en pro de la salud del niño, estos continúan presentándose en las mismas condiciones, (...) la señora Ángela muestra poca introspección de estas sugerencias, tiene bajo seguimiento instruccional y baja comprensión de las normas, por lo cual se contempla la posibilidad de que presente dificultades cognitivas las cuales deben ser valoradas por psiquiatría. La madre sustituta ha referido que luego de las visitas debe asear nuevamente a [Julián] debido a que llega al hogar con mal olor y pulgas en su cuerpo.”[7]

2.7. A partir de las observaciones realizadas el equipo interdisciplinario recomendó a la defensora de familia mantener a Julián en el hogar sustituto como medida provisional de protección, “toda vez que los progenitores no cuentan con adecuado desempeño de su rol como cuidadores, evidenciando en las visitas supervisadas situaciones que ponen en riesgo la integridad física y psicológica del niño”[8].

2.8. De conformidad con lo anterior, la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina expidió la Resolución No. 695 del 01 de diciembre de 2017, por medio de la cual declaró la vulneración de los derechos de Julián y confirmó su ubicación en el hogar sustituto. De igual forma, ordenó a las profesionales del equipo interdisciplinario mantener el seguimiento del caso por 6 meses con el fin de valorar la posibilidad de devolver o no al niño al medio familiar. De los dos progenitores, únicamente Ángela acudió a las instalaciones del ICBF para ser notificada de la decisión, contra la que no formuló recurso de reposición.

2.9. El 21 de diciembre de 2017, luego de una visita de sus progenitores, Julián presentó un golpe en la cabeza causado por una aparente agresión que Mario le propinó a Ángela en el momento en que ésta lo tenía en brazos. La situación fue presenciada por otras familias y por los funcionarios del ICBF.[9] Como consecuencia de lo anterior, el equipo

interdisciplinario citó a los progenitores en el Centro Zonal de Soacha para discutir sobre los compromisos asumidos en el marco del PARD y aclarar lo ocurrido el 21 de diciembre. En el acta de la reunión se consignó lo siguiente:

“Se reitera a la familia el compromiso de presentarse con red de apoyo familiar para vincularlos al proceso, ya que ha sido una constante desde el mes de septiembre de 2017 por parte del equipo psicosocial requerir a la pareja de padres que se presenten con red familiar o que alleguen datos, sin que esto ocurra (...).

Se le informa a la pareja que se les brinda un último plazo hasta el 24/01/2018 para que se presenten con su red familiar, de lunes a viernes en horario de 8:00am a 5:00 pm, sin una cita concreta para darles mayor comodidad, ya que se les asegura que los integrantes de la defensoría los atenderán en cualquier momento.”[10]

Por su parte, al ser interrogados por el incidente del 21 de diciembre de 2017, la pareja presentó versiones contradictorias. Mientras que Mario se mostró sorprendido y negó cualquier episodio de violencia o conflicto. Ángela relató lo siguiente luego de que el equipo psicosocial la entrevistara a solas:

“Ese día yo le dije vamos a la visita con el niño y él comenzó con sus malas palabras y dice ‘no, es que allá nos tienen un poco de tiempo y eso es una perdedera de tiempo, y si vamos es pero rapidito porque yo tengo que ir a trabajar’. Como ese día se estaba rezando la novena con los niños nos tocó esperar, y comenzó a decir que tanto problema para una visita y eso se demoran mucho y eso no sé qué (en referencia al uso de lenguaje soez), y fue cuando me abrazó y comenzó a decir un poco de malas palabras al oído y yo cogí al niño y al tenerlo alzado se cayó y se golpeó con la silla.”[11]

2.10. En el marco de la investigación sobre el entorno familiar, el día 18 de diciembre de 2017 y los días 15 marzo y 30 de abril de 2018, una trabajadora social intentó sin éxito visitar la vivienda de los padres de Julián con el fin de determinar la posibilidad de reintegrarlo a su hogar. Pese a no poder hablar con ellos, los vecinos le informaron que los padres del menor “son muy desaseados y acumulan basura en su vivienda”[12].

2.11. El 3 de mayo de 2018, la trabajadora social del equipo interdisciplinario realizó una visita a la vivienda (casa-lote) de los progenitores y constató que, en efecto, existe una

gran acumulación de basura y que el lugar carece de baño y cocina. Además, encontró que la única habitación de la vivienda tiene un fuerte olor a humedad, abundantes desechos (huesos de pollo, entre otros restos de basura) y carece de luz y ventilación adecuada. En consecuencia, informó a la defensora de familia que los padres de Julián no garantizan un entorno sociofamiliar adecuado, por cuanto “no cuentan con las condiciones habitacionales ni de corresponsabilidad para asumir correctivos que les permitan garantizar el bienestar y la protección de [Julián], por lo cual se conceptúa desde el área de trabajo social que no es viable el reintegro a medio familiar de origen y no se cuenta con reporte de red familiar extensa que se vincule en el trámite”[13].

“Por otra parte, durante el PARD a favor de [Julián] la familia biológica no ha demostrado ni ha sido garante de derechos hacia el niño ni ha realizado ningún tipo de ajuste en beneficio de la garantía de sus derechos. No posee una red de apoyo familiar, sus progenitores son ausentes, abandonicos. Teniendo en cuenta la historia en medio familiar se evidenció riesgo en su estado de salud (...). Por lo anteriormente mencionado y teniendo en cuenta la propia evolución del caso en mención se recomienda, respetuosamente, declarar en situación de adoptabilidad al niño [Julián], en aras de restablecer y garantizar de esta manera sus derechos”[15]

2.13. En atención a los informes de la trabajadora social y la psicóloga, la defensora de familia solicitó un peritaje al área psicosocial del ICBF con el fin de analizar la posibilidad de declarar a Julián en situación de adoptabilidad. El 16 de mayo de 2018, el área psicosocial envió a la defensora la información requerida, en donde, luego de un detallado análisis del historial de atención, indicó lo siguiente:

“Con todo lo anterior, desde el área de Trabajo Social se considera que no es viable el reintegro a medio familiar de origen ni extenso del NNA [Julián], por lo cual es pertinente continuar con el trámite administrativo (...) brindándole la posibilidad de ser vinculado a un medio familiar protector, garante de sus derechos y amoroso, aspecto que necesariamente le requiere al despacho competente iniciar declaratoria de adoptabilidad. Esto teniendo en cuenta la prevalencia en la garantía de los derechos de los NNA, así como el interés superior que le debe ser garantizado en su condición actual de vulnerabilidad.”[16]

2.14. Mediante la Resolución No. 282 del 18 de mayo de 2018, la defensora de familia

del Centro Zonal de Soacha decidió restablecer los derechos de Julián a crecer en un ambiente sano, a la calidad de vida, así como a ser protegido contra el abandono y el maltrato por negligencia, por lo que –con fundamento en las observaciones y actuaciones adelantadas en el marco del PARD– decidió declararlo en situación de adoptabilidad. Como consecuencia de lo anterior, privó a Mario y a Ángela de los derechos de la potestad parental.

2.15. El personero municipal delegado para asuntos de familia no interpuso recurso de reposición contra la decisión, pues en su opinión “en el informe psicosocial se evidenció que [Julián] no estaría en óptimas condiciones si la custodia queda en cabeza de los padres”[17]. Por su parte, los progenitores manifestaron no estar de acuerdo con la decisión e interpusieron recurso de reposición.

2.16. En cumplimiento del artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha del ICBF remitió el expediente de Julián al Juzgado de Familia de Soacha para su homologación.[18] En audiencia de control jurisdiccional celebrada el 11 de julio de 2018 el juez decidió no homologar la decisión de la defensora de familia.

2.17. El Juez de Familia de Soacha sostuvo que los informes técnicos que sirvieron como sustento a la defensora de familia para declarar al Julián en situación de adoptabilidad no fueron contundentes ni decisivos. De acuerdo con el juez, la decisión no estuvo basada en información objetiva y científica, sino en apreciaciones subjetivas de los funcionarios del equipo psicosocial en torno a la supuesta inexperiencia, a la falta de nivel educativo y, en especial, a la situación económica precaria de sus progenitores. En el texto de la sentencia se lee lo siguiente:

“El despacho observa de los seguimientos (sic) realizados por el equipo interdisciplinario del ICBF Centro Zonal de Soacha, de las pruebas decretadas y practicadas por la autoridad administrativa en las presentes diligencias, que el factor relevante para la decisión final se basa en la situación económica que presenta la familia en el presente caso”[19]

Y más adelante se afirma:

“En el caso concreto, la defensora se basó en los informes psicosociales del equipo

interdisciplinario, en los que se concluyó que los progenitores no reunían los factores protectores para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales a favor de su hijo [Julián] (...). Es decir, la decisión del ICBF Centro Zonal Soacha, NO se basó en pruebas contundentes y decisivas del procedimiento dentro del PARD”

(...)

“[D]e manera arbitraria y transgrediendo los derechos fundamentales del infante, por parte del ICBF, [la defensora de familia] decidió privar al menor de estar con su familia a penas cuando contaba con 6 días de nacido.”[20]

2.18. De igual forma, un elemento central de la decisión fue la entrevista que sostuvo el Juez de Familia de Soacha con Mario y Ángela el 04 de julio de 2018. En ella, el juez conoció su versión sobre el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de Julián e indagó sobre la existencia de redes de apoyo familiar. Los padres del menor de edad se mostraron en desacuerdo con el proceso adelantado por el ICBF y manifestaron su deseo de tener nuevamente la custodia de su hijo para brindarle mejores condiciones de vida. Así mismo, ante las preguntas del juez sobre las circunstancias de vulneración descritas en los informes de la defensora de familia los progenitores se limitaron a afirmar que dicha información no era cierta. Puntualmente, manifestaron que no entendían exactamente por qué motivos se había decidido retirar al menor de su entorno familiar.

2.19. Respecto a si contaban con una red de apoyo familiar, Mario indicó que hace años no tenía contacto alguno con sus familiares mientras que Ángela manifestó que contaba con el apoyo de su madre para cuidar a su hijo. Finalmente, respondieron afirmativamente a la pregunta del juez acerca de si se comprometían a cuidar integralmente los derechos de Julián y a evitar cualquier vulneración en caso de que fuera devuelto a su hogar. La defensora de familia también fue citada por el Juez de Familia de Soacha para rendir su testimonio, sin embargo, no pudo asistir debido a que se encontraba incapacitada por motivos de salud.

2.20. Con fundamento en lo anterior, el Juzgado de Familia de Soacha decidió no homologar la decisión “en aras de garantizar el derecho fundamental del menor a tener una familia y no ser separado de ella, por lo que se ordena la ENTREGA INMEDIATA de [Julián] a sus progenitores por parte del ICBF para el restablecimiento de los derechos

vulnerados”[21], no sin antes advertirles a Mario y a Ángela que,

“si se comprueba su incapacidad de asumir el cuidado y protección del menor [Julián], bien sea porque se niegan a adelantar las gestiones pertinentes para reunir las condiciones necesarias para su cuidado; o porque se configuran las circunstancias que de manera inequívoca justifiquen retirar al niño de su núcleo familiar, el ICBF deberá tomar las medidas pertinentes.”[22]

2.21. El 12 de julio de 2018, con el fin de continuar el seguimiento del caso, el equipo interdisciplinario realizó una nueva visita a la vivienda de Mario y Ángela y verificó que las condiciones del entorno familiar no habían mejorado. Ese mismo día, la madre sustituta de Julián rindió declaración bajo juramento ante el despacho de la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha. En su declaración, manifestó que los progenitores discutían permanentemente en las visitas que realizaban al hogar sustituto y, en una ocasión, -referida anteriormente- el padre había agredido a la madre con el niño en brazos. Así mismo, sostuvo que los dos progenitores se presentaban en pésimas condiciones de aseo y que el padre olía a alcohol. Incluso indicó que luego de una de las visitas le encontraron al niño pulgas en la cabeza. Adicional a lo anterior, sostuvo que los padres nunca adelantaron los trámites del registro civil de nacimiento del menor ni lo afiliaron al sistema de salud y fue ella junto con las profesionales del equipo interdisciplinario del ICBF quienes adelantaron dichos trámites.[23]

2.22. Con fundamento en lo expuesto, la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina interpuso acción de tutela contra la sentencia del Juzgado de Familia de Soacha, mediante la cual no homologó su decisión de declarar a Julián en situación de adoptabilidad. En la demanda sostuvo que el juez incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, pues no valoró las numerosas pruebas que evidenciaban el riesgo que corría Julián al lado de sus padres.

3. Traslado y contestación de la acción de tutela

La Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante auto del 13 de julio de 2018, admitió la acción de tutela y ordenó notificar al Juzgado de Familia de Soacha para que ejerciera su derecho a la defensa.

3.1. Respuesta del Juzgado de Familia de Soacha

3.1.1. En escrito de contestación, el Juez de Familia de Soacha reiteró que su decisión de no homologar la declaratoria de adoptabilidad se debió a que en el expediente “no obran elementos de juicio de carácter científico que acrediten que los padres del menor [Julián] tengan discapacidades mentales o físicas que les impidan detentar la custodia y cuidado personal del infante”[24]. En su opinión, la defensora de familia utilizó argumentos infundados y conjeturas relacionadas con la situación económica de los progenitores para afirmar que Mario y Ángela no estaban en condiciones de garantizar los derechos de su hijo. En general, consideró que las decisiones adoptadas en el marco del PARD fueron apresuradas y carecieron de respaldo probatorio.

3.1.2. Además de la supuesta falta de elementos probatorios, el Juez de Familia de Soacha afirmó que su decisión tuvo como fundamento central el testimonio de Mario y Ángela, quienes fueron interrogados durante el trámite de homologación. El 04 de julio de 2018 los dos progenitores comparecieron ante el juez y “respondieron coherentemente el cuestionario formulado (...) quejándose de las arbitrariedades en que incurrió el ICBF a través de sus defensores, al impedirles tener el más mínimo acercamiento a su hijo desde hace 6 meses”[25].

3.1.3. Finalmente, el juzgador desestimó la acción de tutela interpuesta por la defensora de familia argumentando que ésta no tenía “legitimación en la causa por no ser representante legal del menor [Julián]”[26]. Por lo que solicitó al juez de tutela negar la petición de la accionante en razón a que en la decisión de control judicial no se vulneraron los derechos fundamentales del niño.

4. Decisión judicial de única instancia objeto de revisión

4.1. La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante sentencia del 26 de julio de 2018, negó el amparo constitucional al considerar que la decisión cuestionada no constituyó una verdadera vía de hecho. A juicio de la Sala, la decisión judicial no desconoció abiertamente el derecho objetivo o la materialidad del litigio, pues dentro del proceso de restablecimiento de derechos no se hizo patente ninguna prueba definitiva y contundente “que justificara la falta de idoneidad de los progenitores y la necesidad de privarlos de los derechos que tienen sobre su hijo”[27]. La Sala mantuvo la

decisión del Juzgado de Familia de Soacha de no homologar la declaración de adoptabilidad del menor, “después de un escrutinio riguroso de las pruebas recaudadas durante el proceso, en particular de la declaración rendida en su momento por los padres”[28]. Esta decisión no fue impugnada por la defensora de familia.

5. Actuaciones en sede de revisión

5.1. Auto del 27 de noviembre de 2018

5.1.1. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, mediante auto del 27 de noviembre de 2018[29], decidió suspender temporalmente los efectos de la decisión del Juzgado de Familia de Soacha como medida provisional de protección de los derechos fundamentales de Julián. Como consecuencia de lo anterior, ordenó al Centro Zonal de Soacha del ICBF asumir de manera inmediata su protección, custodia y cuidado personal. En el mismo auto, la Sala solicitó al ICBF copia de todas las actuaciones adelantadas por la entidad en relación con la protección de los derechos fundamentales de Julián, así como información actual sobre los hechos descritos en la acción de tutela en lo referente a la condición de salud del menor y la existencia de otros infantes del mismo núcleo familiar cuyos derechos fundamentales pudieran estar siendo vulnerados.

5.2. Respuesta del ICBF

5.2.2. El 12 de diciembre de 2018, la Secretaría de la Corte Constitucional puso en conocimiento de la magistrada ponente un escrito remitido por Jesús Ricardo Nieto Wilches, defensor de familia del Centro Zonal Revivir del ICBF, en donde explicaba que Julián tenía una hermana menor –también hija de Mario y Ángela– que había nacido a los pocos días de que el niño fuera devuelto a sus padres por decisión del Juzgado de Familia de Soacha. En su comunicación indicaba lo siguiente: “[Julián] actualmente se encuentra bajo protección del ICBF junto con su hermana, nacida el 15 de agosto de 2018 (...). Los dos niños a día de hoy se encuentran bajo medida de restablecimiento de derechos en la Fundación Casa de la Madre y el Niño, ubicada en Bogotá D.C., a cargo del ICBF”[30].

5.2.3. Adicionalmente, el defensor de familia del Centro Zonal Revivir envió en calidad de préstamo la historia de atención adelantada en favor de Julián durante el PARD, así como copia en CD de la historia de su hermana de 5 meses de nacida. Con fundamento en esta

información, la magistrada ponente pudo complementar los hechos y dar continuidad al relato luego de que la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca negara la acción de tutela interpuesta por la defensora de familia. A continuación se presenta el resumen de las actuaciones adelantadas por el ICBF en favor de Julián y su hermana entre julio y diciembre de 2018.

5.2.4. Mediante la Resolución No. 1190 del 31 de julio de 2018, la defensora de familia dio cumplimiento a la decisión del Juzgado de Familia de Soacha y ordenó el reintegro de Julián con sus progenitores. En el acta de entrega, los padres del niño firmaron varios compromisos relacionados con los cuidados personales que debían procurarle, con énfasis la necesidad de mejorar las condiciones de higiene en el entorno familiar. De igual forma, la defensora advirtió a Mario y Ángela que a la fecha su hijo se encontraba en buenas condiciones de salud y si ingresaba nuevamente al ICBF por descuido, maltrato o negligencia acarrearían una sanción de acuerdo con el artículo 55 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

5.2.5. El 31 de julio de 2018 Julián volvió a estar bajo el cuidado de sus progenitores. El 06 de agosto de 2018, esto es, 6 días después del reintegro, el Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha recibió nuevamente a Julián en urgencias, quien fue llevado por su madre por “presentar un cuadro clínico de lesiones papulares en cara y extremidades, con posterior cuadro febril de 39° (...) debido a un posible proceso infeccioso de origen bacteriano”[31]. El hospital, mediante oficio del 14 de agosto de 2018, solicitó al Centro Zonal de Soacha del ICBF asumir el conocimiento del caso por “sospecha de descuido y maltrato infantil”[32].

5.2.6. El caso fue recibido por la defensora de familia Ángela Galindo Gutiérrez, quien modificó la decisión adoptada en la Resolución No. 1190 del 31 de julio de 2018, ordenó reabrir el PARD en favor de Julián y lo ubicó provisionalmente en un hogar sustituto del ICBF.

5.2.7. Por su parte, el 28 de agosto de 2018 el Centro Zonal de Soacha del ICBF recibió un oficio del Hospital El Tunal solicitando su ayuda en el caso de Ángela, quien había sido remitida por el Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha por una infección urinaria no tratada y por haber dado a luz a una niña. En relación con la niña, el hospital solicitaba lo siguiente:

“Paciente que se encuentra hospitalizada en la UCI neonatal, cama 20, desde el 15 de agosto de 2018. Menor no cuenta con acompañamiento por parte de progenitores. El servicio de UCI no reporta visitas. Paciente que no cuenta con registro civil de nacimiento. Se reporta caso con el fin de solicitar apoyo en la definición de custodia, cuidador y/o representante legal para la paciente y así restablecer sus derechos dado en el riesgo psicosocial en el que se encuentra.”[33]

5.2.8. Conforme a dicha solicitud, la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha decidió reubicar a los dos hijos de Mario y Ángela en una institución especial de protección debido a su perfil de vulneración y a la necesidad de procurarles la atención adecuada para su recuperación integral. El 7 de septiembre de 2018, la Fundación Casa de la Madre y el Niño[34] aprobó dos cupos para Julián y Samanta[35], quienes fueron trasladados a sus instalaciones. De igual manera, los procesos de restablecimiento de derechos fueron reasignados por competencia al defensor de familia del Centro Zonal Revivir del ICBF.

5.2.9. El nuevo defensor de familia solicitó a su equipo interdisciplinario realizar una valoración psicosocial a los progenitores de Julián y Samanta con el fin de actualizar el estado del PARD y estudiar la posibilidad de reintegrarlos con sus padres. En dos informes presentados el 25 de octubre de 2018, la trabajadora social y el psicólogo conceptuaron sobre la falta de capacidad de Mario y Ángela para desempeñar las funciones de cuidado y protección de sus hijos.[36] De igual forma, el psicólogo indicó que el señor Mario tenía una tendencia a ajustar la veracidad de sus afirmaciones buscando ocultar, por un lado, los conflictos en su relación con Ángela y, por otro lado, su responsabilidad en la hospitalización de Julián debido a las malas condiciones de higiene de su hogar.[37]

5.2.10. Dentro de actuaciones adelantadas por el equipo interdisciplinario durante el proceso de restablecimiento de derechos se encuentra el registro de una llamada telefónica realizada el 25 de noviembre de 2018 a la madre de Ángela. En la transcripción de la conversación sostenida con la abuela materna de Julián se lee lo siguiente:

“Ella [Ángela] tiene como una falla en la cabeza, no está en sus cinco sentidos, ella no sabe criar, no sabe cambiar un pañal ni hacer un tetero, no los sabe bañar a sus hijos. Yo no me podría vincular al proceso por la edad, tengo 69 años y no quiero hacerme cargo de los niños. NO tengo familia para que se hagan cargo de los niños. Si le entregan los hijos a

[Ángela] ella por esas fallas en la cabeza podría ahogarlos o pegarles, hacerles algo porque ella no sabe criar (...) aunque me duela sería mejor que los niños se queden en ICBF”[38]

5.2.11. La última actuación registrada en el historial de actuaciones tiene fecha del 3 de diciembre de 2018. Se trata de un reporte enviado por la trabajadora social de la Fundación Casa de la Madre y el Niño al defensor de familia donde subraya la falta de participación y movilización activa de los progenitores durante el proceso de restablecimiento de derechos de sus hijos. Entre otros aspectos, resalta que entre septiembre y diciembre de 2018 los progenitores solo habían asistido en 2 ocasiones a las instalaciones de la fundación “en donde manifestaron interés por saber el estado de salud de Samanta, siendo importante destacar el desinterés por información sobre Julián”[39].

5.3. Auto del 22 de enero de 2019

5.3.3. La magistrada ponente, mediante auto del 22 de enero de 2019[40], solicitó al ICBF y a Comparta E.P.S. – S adelantar las gestiones necesarias para determinar la situación actual de salud mental de Ángela, así como su capacidad emocional para asumir las responsabilidades que supone ejercer la maternidad y su grado de competencias en el cuidado y la crianza de un niño pequeño.[41] De igual forma, y de acuerdo con las evidencias obrantes en el expediente, solicitó a la Comisaría de Familia de Soacha verificar y proteger los derechos de Ángela, así como prevenir cualquier vulneración futura. Finalmente, ordenó vincular al proceso de la referencia a Mario y Ángela con el fin de proteger su derecho a la defensa, en tanto podrían resultar comprometidos con la decisión que finalmente se adopte.

5.4. Respuesta Comparta E.P.S. – S

5.4.1. Mediante escrito del 29 de enero de 2019, la gestora departamental de Comparta E.P.S. – S indicó que hasta la fecha no había recibido por parte del ICBF solicitud formal para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional. Sin embargo, junto con el escrito presentó un listado donde enumeraba 49 servicios de salud autorizados a Ángela entre enero de 2017 y enero de 2019. Si bien el informe no detallaba los motivos por los cuales Ángela había necesitado los servicios de salud, llama la atención el hecho de que entre el 04 de octubre de 2018 y el 16 de enero de 2019 Ángela ingresó 15 veces a urgencias.

5.5. Respuesta del ICBF

5.5.1. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, Mónica Cruz Omaña, mediante oficio del 1 de febrero de 2019 remitió copia de una valoración psicológica realizada el 25 de octubre de 2018 a Ángela. Esta valoración fue llevada a cabo por el psicólogo del Centro Zonal Revivir con el fin de actualizar e incorporar nueva información al proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de Julián y Samanta.

5.5.2. Antes de presentar sus resultados, el psicólogo explicó en su informe que la valoración tuvo como objetivo determinar el estado mental de Ángela mediante la evaluación de datos relacionados con sus manifestaciones comportamentales, afectivas y cognitivas. Estos datos fueron obtenidos a través de una entrevista semiestructurada y de la observación directa del sujeto valorado. Del informe presentado se destacan las siguientes anotaciones:

“Durante la entrevista con la señora [Ángela] se percibe poco orientada y con poca claridad en lo que manifiesta, al parecer maneja agendas ocultas ante posibles situaciones de su entorno personal, a nivel de la relación de pareja con [Mario]. (...) Se identifica porte y actitud inadecuada, inadecuada presentación personal, modales y gesticulación no acordes a la edad y etapa de desarrollo. Se identifica poco análisis ante los eventos que ha vivido, se identifica inmadura y con falta de responsabilidad en su rol materno.

Durante la entrevista inicial se identifica escaso vínculo afectivo de la madre con sus hijos, no reconoce su irresponsabilidad en el cuidado de los niños. Al parecer trata de evitar que se identifiquen situaciones conflictivas en su entorno. (...) Se percibe que ante la situación que se reporta, [Ángela] es poco concreta en identificar su irresponsabilidad parental.” [42]

5.5.3. El psicólogo termina su valoración concluyendo lo siguiente:

“Durante el examen mental se identifican factores inadecuados para que la señora [Ángela] reciba nuevamente la custodia de sus hijos, sin embargo, se debe vincular al proceso de restablecimiento de derechos con el fin de que se afiance su rol parental.”[43]

5.5.4. El 01 de marzo de 2019, luego de registrado el proyecto de fallo por la magistrada

ponente en Sala de Revisión, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, Mónica Cruz Omaña, remitió un nuevo oficio en respuesta al auto de 22 de enero de 2019. En el escrito indicaba que no había sido posible para el ICBF cumplir con las valoraciones psicológicas y psiquiátricas ordenadas por la Corte Constitucional debido a la “inasistencia, falta de responsabilidad e incumplimiento por parte de la señora Ángela”[44].

5.5.5. En efecto, si bien Ángela había sido informada por la trabajadora social de la Fundación de la Casa de la Madre y el Niño (el ICBF anexa comprobante) sobre las citas del 31 de enero y el 11 de febrero de 2019 programadas por Comparta E.P.S. – S en el Hospital de Soacha para ser valorada por un psicólogo, ella no asistió en ninguna de las dos ocasiones. Así mismo, tampoco asistió a la cita con el psiquiatra que fue programada por Comparta E.P.S. – S para el 16 de febrero de 2019 en el Hospital de Soacha.

5.5.6. Finalmente, destacó que no había sido posible la comunicación con Mario y Ángela a través de los números de celular aportados por ellos al proceso. Por todo lo anterior, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF destaca la “falta de voluntad de la señora Ángela para cumplir con las citas programadas con los especialistas”[45]

5.6. Comisaría Tercera de Soacha

5.6.1. De acuerdo con la información enviada por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, la Comisaria de Familia de Soacha buscó visitar a Mario y Ángela en su domicilio con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional; no obstante, no pudo establecer contacto con ellos debido a que no se encontraban en la vivienda los días en que fueron realizadas las visitas, esto es, el 12 y 13 de diciembre de 2018.

5.6.2. Adicional a lo anterior, entre los documentos remitidos por el ICBF se encuentra un oficio con fecha del 25 de enero de 2019, firmado por el defensor de familia del Centro Zonal Revivir y por Mario y Ángela, en donde se remite la pareja a la Comisaria Tercera de Familia con el fin de que se tomen las medidas necesarias por la presunta comisión del delito de violencia intrafamiliar por parte de Mario.

5.7. Intervención del Procurador 61 Judicial II de Familia

5.7.1. El 11 de febrero de 2019 el señor Henry Zárate Cortés, procurador 61 judicial II de

familia de la Procuraduría General de la Nación, remitió a la Secretaría General de la Corte Constitucional un escrito donde se pronunciaba sobre las pruebas allegadas por el ICBF en virtud del auto de 21 de enero de 2018. Luego de resumir brevemente el contenido del informe enviado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, el procurador concluyó que Julián no debía ser separado de sus progenitores sin antes darles una nueva oportunidad de demostrar interés por su hijo. Así mismo, lamentó que el ICBF precipitara su decisión de declarar al menor en situación de adoptabilidad antes de ofrecer ayuda económica a la familia y así determinar si están en condiciones o no de ejercer su rol parental. En su opinión, “al Estado se le impone la obligación de otorgar los medios reales para la superación de las condiciones deficitarias, y luego de ello sí valorar si hay voluntad de los interesados en participar en ese proceso de superación”[46].

II. CONSIDERACIONES

Competencia y procedencia de la acción de tutela

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y en virtud de la selección y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

Antes de plantear el problema jurídico a resolver en el presente asunto, corresponde a la Sala pronunciarse sobre: (i) la legitimación de la acción de tutela en el caso particular,[47] (ii) la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales y (iii) el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso objeto de revisión.

1. Legitimidad en la causa por activa y por pasiva

1.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar, de manera directa o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección de sus derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la referida acción constitucional “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona

vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

1.2. En el presente caso, la acción de tutela fue interpuesta en representación de Julián por la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina, del Centro Zonal de Soacha del ICBF, quien actuó de conformidad con el numeral 11 del artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), el cual le confiere la función de “promover los trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos (...)”.

1.3. Para la fecha en que fue interpuesta la acción de tutela la accionante tenía asignado el caso de Julián en su calidad de defensora de familia. Por tanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional, se encuentra plenamente legitimada por activa para agenciar los derechos del niño e instaurar la presente acción de tutela, más cuando el ICBF es una autoridad pública que tiene bajo su responsabilidad el cuidado integral de los niños, niñas y adolescentes.[48]

1.4. Por su parte, la acción de tutela debe ser dirigida “contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”[49]. En el presente caso, el Juzgado de Familia de Soacha se encuentra legitimado como parte pasiva en el presente proceso toda vez que fue quien profirió la sentencia judicial cuestionada.

2. La procedencia excepcional de la acción tutela contra providencias judiciales[50]

2.1. La posibilidad de presentar acciones de tutela contra providencias judiciales ha sido objeto de un profundo debate al interior de la Corte Constitucional. La discusión tiene su origen en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece que toda persona puede utilizar la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública”. El texto de este artículo tiene una claridad inequívoca, pues no contempla salvedades o un párrafo adicional que limite la procedencia de la acción de tutela contra las autoridades públicas. Por tanto, si no hay discusión en torno a que los jueces son autoridades públicas[51], debe entenderse que la acción de tutela también procede contra sus decisiones.

2.2. Uno de los primeros fallos proferidos por la Corte Constitucional sobre la materia fue la sentencia T-006 de 1992, en donde desarrolló las bases conceptuales de la tutela contra providencias judiciales. En dicho pronunciamiento, la Corte reconoció que, de acuerdo con lo estipulado con el artículo 86 superior, ninguna autoridad pública –incluidos los jueces y magistrados– está exenta de que en su contra una persona ejerza la acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales. Permitir que los actos jurisdiccionales escapen al control de constitucionalidad resultaría violatorio del sistema constitucional de derechos, garantías y deberes, así como contrario a la idea del Estado Social de Derecho.[52]

2.3. Poco tiempo después de la anterior decisión, esta Corporación volvió a analizar el asunto de la tutela contra providencias judiciales (esta vez en Sala Plena) al admitir una demanda de constitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991. Mediante la sentencia C-593 de 1992, la Corte decidió declarar inexecutable los artículos 11, 12 y 40 –este último por unidad normativa con los artículos demandados– relacionados con la caducidad de la tutela y sus efectos, así como con la posibilidad de utilizar la acción de amparo para controvertir una providencia judicial. Ello tuvo como consecuencia la aparente eliminación de la tutela contra providencias judiciales al desaparecer del ordenamiento jurídico el término de caducidad estipulado para su ejercicio. No obstante, la sentencia permitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra “vías de hecho judicial” o “actuaciones de hecho imputables al funcionario judicial”, es decir, contra pronunciamientos de jueces que por su grado de arbitrariedad solo en apariencia revistieran el carácter de sentencia judicial.[53]

2.4. La decisión de la Sala Plena en la sentencia C-593 de 1992 no fue adoptada en términos absolutos, pues matizó sus efectos al prever casos extremos en los cuales la acción de tutela resulta procedente contra actos u omisiones judiciales que vulneran derechos fundamentales. Lo anterior también con el propósito de unificar, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las lecturas de la Constitución Política que hacen las autoridades judiciales.

2.5. A partir de esta excepción, la Corte Constitucional desarrolló en su jurisprudencia una doctrina sobre el concepto de “vía de hecho”[54], que permitió cuestionar a través de la acción de tutela pronunciamientos judiciales que fueran ostensiblemente arbitrarios,

caprichosos y contrarios a la Constitución.[55] Para la Corte en estos casos el amparo debe ser de alcance restringido, en el sentido que solo tiene lugar cuando pueda establecerse claramente una actuación del juzgador violatoria de derechos fundamentales, sin que sea factible entender que la tutela, en sí misma, constituye un juicio de corrección de los asuntos ya definidos por la autoridad competente.[56]

2.6. Ahora bien, a partir del año 2003, la Corte Constitucional comenzó a reelaborar la doctrina sobre “vía de hecho”, puntualmente en lo referente a las categorías de arbitrariedad y capricho judicial debido a su vaguedad al momento de interpretar los escenarios que hacen procedente la tutela contra providencias judiciales. En ese sentido, esta Corporación realizó un ajuste terminológico y reemplazó el concepto de “vía de hecho” por el de “causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”. Sobre este ajuste, en la sentencia T-774 de 2004 se sostuvo lo siguiente:

“La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no ‘(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.’.

Este avance jurisprudencial ha llevado a la Corte a remplazar ‘(...) el uso conceptual de la expresión vía de hecho por la de causales genéricas de procedibilidad.’” [57]

2.7. En la sentencia C-590 de 2005 la Corte Constitucional sintetizó los requisitos que habilitan la interposición de la tutela contra providencias judiciales. Con el fin de corregir ambigüedades y aplicaciones subjetivas de la doctrina sobre “vía de hecho”, esta Corporación implementó un nuevo sistema de procedencia en donde hizo depender el amparo al cumplimiento de ciertos y rigurosos requisitos. En ese sentido, diferenció entre “requisitos de carácter general que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter

específico, que tocan con la procedencia misma del amparo una vez interpuesto”[58].

2.8. Así mismo, el fallo aclaró que los requisitos generales son presupuestos “cuyo cumplimiento forzoso es condición necesaria para que el juez constitucional pueda entrar a valorar de fondo el asunto puesto en su conocimiento”, mientras que los requisitos específicos corresponden, puntualmente, “a los vicios o defectos presentes en la decisión judicial y que constituyen la causa de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales”[59].

3. El cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso objeto de revisión

3.1. A continuación, la Sala procederá a verificar en el caso bajo estudio el cumplimiento de los citados requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. En ese sentido, pasará a analizar si la tutela interpuesta por la defensora de familia en favor de Julián cumple con lo siguiente:

3.2. Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional. Esto significa que el juez de tutela tiene la carga de explicar por qué el asunto sometido a su conocimiento trasciende el ámbito de la mera legalidad y plantea una controversia de dimensión constitucional que afecta los derechos fundamentales de alguna de las partes.

Este requisito debe entenderse satisfecho en el presente asunto por cuanto se plantea no solo la vulneración del derecho fundamental al debido proceso (CP, artículo 29), sino que además se encuentran involucrados otros derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y el desarrollo integral de la primera infancia. En efecto, la decisión judicial cuestionada mediante acción de tutela se enmarca dentro de un proceso de familia cuyo objetivo es, precisamente, garantizar los derechos fundamentales de dos menores de edad. Por el impacto que el resultado de este proceso puede tener en la vida de Julián y Samanta, no cabe duda que la cuestión que acá se discute se ubica en el plano de la justicia constitucional.

3.3. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, a menos que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Dado el carácter subsidiario y residual que identifica la acción de

tutela, y con el fin de evitar que la misma sea utilizada como un medio alternativo o supletivo de defensa, es deber del actor, antes de acudir a ella, agotar todos los mecanismos judiciales que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.

En el asunto de la referencia, la defensora de familia interpuso acción de tutela contra la sentencia que negó la homologación debido a que contra esta decisión no procede ningún otro recurso. En efecto, el numeral 1° del artículo 119 del Código de la Infancia y la Adolescencia expresamente señala que el trámite de homologación de la resolución administrativa que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes es un asunto de competencia de los jueces de familia en única instancia.[60] Es decir que, una vez negada la homologación, la defensora de familia no tenía otro medio para atacarla, por lo cual, al quedar en riesgo de vulneración los derechos fundamentales de Julián, presentó la acción de tutela.

3.4. Que se cumpla con el requisito de inmediatez. Es decir, que la acción de tutela se promueva en un término razonable y proporcional a la ocurrencia del hecho que originó la amenaza o vulneración del derecho. En la medida en que la tutela tiene como propósito la protección inmediata de los derechos fundamentales, se requiere, para efectos de lograr tal objetivo, que la misma se promueva oportunamente, es decir, en forma consecutiva o próxima al evento que da lugar a la afectación de los derechos fundamentales. Respecto al cumplimiento de este requisito, la jurisprudencia constitucional ha estimado que, “al momento de determinar si se presenta el fenómeno de la inmediatez en materia de acción de tutela contra providencias judiciales, es necesario examinar los siguientes aspectos: (i) si obra en el expediente prueba alguna que justifique la inactividad del peticionario; (ii) si se está en presencia de un sujeto de especial protección o de persona que se encontraba en una situación de especial indefensión; y (iii) la existencia de un plazo razonable”.[61]

En este caso la acción de tutela fue presentada dentro de un término razonable. En efecto, la solicitud de amparo se interpuso el 13 de julio de 2018, es decir, 2 días después de que fue proferida la sentencia atacada, hecho que a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación constituye un plazo adecuado para invocar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la accionada.

3.5. Que, tratándose de una irregularidad procesal, la misma tenga un efecto decisivo o

determinante en la decisión a la que se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales. De acuerdo con tal presupuesto, cuando se alega una irregularidad procesal, es necesario que el vicio invocado incida de tal manera en la decisión final, que de no haberse presentado o de haberse corregido a tiempo, habría variado sustancialmente el alcance de tal decisión. No obstante, de acuerdo con lo expresado en la Sentencia C-590 de 2005, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente del efecto sobre la decisión y, por tanto, hay lugar a la anulación del juicio.

Este requisito se cumple plenamente, pues la inadecuada valoración de las pruebas aportadas al proceso de homologación constituye el elemento determinante en la decisión del Juzgado de Familia de Soacha de negarse a declarar a Julián en situación de adoptabilidad.

3.6. Que la parte actora identifique de forma razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados, y que hubiere alegado tal situación en el proceso judicial. En contraposición a la informalidad que identifica la acción de tutela, cuando está se promueve contra providencias judiciales, se requiere que el actor no solo tenga claridad en cuanto a la causa de la afectación de derechos que surge de la decisión cuestionada, sino también, que la haya planteado previamente al interior del proceso, debiendo dar cuenta de ello en la solicitud de protección constitucional.

En el escrito de tutela la defensora de familia indicó con claridad que el Juez de Familia de Soacha incurrió en una “vía de hecho (...) originada en un defecto fáctico”[62] al no homologar la decisión del proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de Julián. Por tanto, este requisito también se encuentra satisfecho.

3.7. Que la acción de tutela no se promueva contra una sentencia de tutela, pues los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente.

Este requisito se encuentra satisfecho, pues la sentencia cuestionada se adoptó dentro de un trámite judicial de homologación y no dentro de un trámite de tutela.

4. Problema jurídico

Con base en los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿El Juez de Familia de Soacha vulneró el principio del interés superior del niño y el derecho al debido proceso al no homologar la decisión de la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha de declarar a Julián en situación de adoptabilidad y ordenar su reintegro inmediato al entorno familiar?

La Sala analizará los siguientes temas con el objeto de resolver el problema jurídico planteado: (i) los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, (ii) el defecto fáctico como causal de procedencia específica de la acción de tutela contra providencias judiciales, (iii) el concepto del interés superior del niño, (iv) el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y las modificaciones introducidas por la Ley 1878 de 2018, (v) el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, (vi) la declaratoria de adoptabilidad y el trámite de homologación del proceso de restablecimiento de derechos y, por último, (vi) la solución del caso concreto.

5. Los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

5.1. En la sentencia C-590 de 2005, esta Corporación estableció que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está supeditada al cumplimiento de todos los requisitos de carácter general, como se explicó anteriormente, y a la acreditación de al menos uno de los requisitos especiales, también denominados por la jurisprudencia vicios o defectos materiales, los cuales se exponen a continuación:

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

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

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

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

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

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

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

i. Violación directa de la Constitución.”[63]

5.2. Teniendo en cuenta que en esta oportunidad los cargos esgrimidos por el actor se enmarcan concretamente en la aparente configuración del defecto fáctico, la Sala pasará a referirse a las características particulares que identifican dicha causal y que determinan su materialización.

6. El defecto fáctico como causal de procedencia específica de la acción de tutela contra providencias judiciales

6.1. El defecto fáctico surge, de acuerdo con lo estipulado por la Corte Constitucional, cuando resulta incuestionable que “el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”. La ocurrencia de este defecto es excepcional, pues el error en el juicio valorativo debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión”[64]. Lo anterior, por cuanto el juez de tutela no puede convertirse en una instancia habitual de control de la actividad de evaluación probatoria de los jueces que ordinariamente conocen el asunto.

6.2. A partir de la anterior caracterización, esta Corporación comenzó a desarrollar el contenido del defecto fáctico a través de la identificación de los diferentes escenarios en que se puede configurar este defecto. De esta manera, en la sentencia SU-159 de 2002 se propuso una primera distinción al clasificar la causal en dos dimensiones: el defecto fáctico omisivo o negativo y el defecto fáctico positivo. Según dicho pronunciamiento, la dimensión negativa comprende las omisiones del juez en la valoración de las pruebas, mientras que la dimensión positiva abarca las valoraciones probatorias manifiestamente equivocadas.[65]

6.3. Estas dos dimensiones del defecto fáctico fueron posteriormente profundizadas por la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la sentencia T-102 de 2006 se explicó con mayor detalle el contenido de cada una:

“La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución.”[66]

6.4. De acuerdo con lo anterior, el defecto fáctico en dimensión negativa se presenta cuando el juez deja de actuar u omite hacer algo. Como, por ejemplo, (i) cuando ha decidido arbitrariamente no decretar una prueba determinante para el proceso, (ii) cuando simplemente ignora la prueba u omite su valoración y (iii) cuando, sin razón valedera, da por no probado el hecho o la circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente.[67]

6.5. El defecto fáctico en dimensión positiva se presenta cuando el juez ha actuado –decretando o valorando la prueba–, pero su actuación es abiertamente irregular. Ello

sucede, por ejemplo, (i) cuando se han apreciado pruebas que no se han debido admitir ni valorar porque no pudieron ser controvertidas o fueron recaudadas con violación del debido proceso, (ii) cuando se declaran probados hechos que carecen de sustento probatorio y (iii) cuando existen errores graves en la apreciación del contenido de una prueba.[68]

6.6. La caracterización de las dos dimensiones del defecto fáctico ha sido disímil en la jurisprudencia. Por ejemplo, en la sentencia T-781 de 2011, la Corte no realizó distinciones y se limitó a identificar las principales hipótesis de la indebida valoración probatoria que configuran el defecto:

“De acuerdo con una sólida línea jurisprudencial, el supuesto de indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes eventos: (i) cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; y (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso.”[69]

6.7. Por otro lado, en la sentencia SU-195 de 2012, luego reiterada por las sentencias SU-515 de 2013 y SU-004 de 2018, esta Corporación identificó las manifestaciones más representativas del defecto fáctico en sus dos dimensiones:

“1. Defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas. Esta hipótesis se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido. [Dimensión negativa]

2. Defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio. Se presenta cuando el

funcionario judicial, a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente. [Dimensión negativa]

3. Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio. Tal situación se advierte cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva. [Dimensión positiva]”[70]

6.8. En resumen, para que se configure un defecto fáctico en la valoración probatoria –en cualquiera de las dos dimensiones– es indispensable la existencia de un error ostensible, flagrante y manifiesto que, además, sea determinante en la decisión adoptada, “pues es este el único evento que desborda el marco de autonomía de los jueces para formarse libremente su convencimiento”. [71] La protección de los derechos fundamentales encargada al juez de tutela no puede desconocer las facultades discrecionales del juez natural, sino que debe respetar la autonomía judicial, la presunción de buena fe y, sobre todo, el principio de imparcialidad al momento de analizar las particularidades de cada caso concreto.

7. El interés superior del niño: un principio, un derecho y una garantía de procedimiento

7.1. El artículo 44 de la Constitución Política y los diferentes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos incorporados al ordenamiento jurídico colombiano han reconocido el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como un concepto central y orientador de todas las medidas o decisiones que puedan afectarlos, tanto en la esfera pública como en la privada. Lo anterior se fundamenta en la condición de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentran los niños respecto de las demás personas, por lo que garantizarles una protección prevalente y prioritaria es necesario en tanto en ellos “está el futuro de toda la sociedad”[72].

7.2. El referido artículo 44 establece explícitamente el interés superior del niño en su último inciso, en donde señala de manera concisa: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta disposición recogió los cambios desarrollados a nivel internacional sobre la forma de concebir los derechos de los niños, pues modificó la antigua concepción que se tenía del menor de edad como objeto de protección por una visión actualizada de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos prevalentes. El nuevo texto tuvo un importante impacto en el rol del Estado: el tradicional enfoque de protección paternalista dio paso a un nuevo enfoque basado en la garantía integral de los derechos.[73]

7.3. Este cambio tiene su origen en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN o la Convención) de 1989[74], la cual enfatizó que los niños y los adultos son sujetos de derechos por igual; no obstante, los primeros se encuentran en una situación diferente de desarrollo físico y mental, por lo que resulta necesario establecer derechos especiales y prevalentes con el fin proteger y asegurar su desarrollo integral. En pocas palabras, este instrumento –ratificado por Colombia mediante la Ley 12 de 1991– estableció la obligación de los Estados de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera prioritaria.

7.4. El concepto del interés superior del niño se encuentra consagrado específicamente en el párrafo 1 del artículo 3 de la CDN en los siguientes términos:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”[75]

7.5. El significado de esta disposición fue profundizado por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) en su Observación General No. 14 del año 20013.[76] En esta observación el Comité definió el interés superior del niño como un concepto dinámico que es al mismo tiempo: (i) un derecho sustantivo, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental y (iii) una norma de procedimiento. Es decir, el interés superior es un concepto amplio y transversal a todo el ordenamiento jurídico que busca asegurar en cualquier escenario la protección prioritaria de los derechos de los niños con miras a garantizar su

desarrollo integral. El Comité explica la triple dimensión del interés superior del niño de la siguiente manera[77]:

a) Es un derecho sustantivo. El interés superior es “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión”, y es “la garantía de que este derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o a los niños en general”. Es decir, el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse como un derecho ante los tribunales.

b) Es un principio jurídico interpretativo fundamental. Es decir que, “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.

c) Es una norma de procedimiento. Es decir que el interés superior del niño es una garantía procesal que obliga a las autoridades administrativas y judiciales a “dejar patente en su decisión que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” En ese sentido, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, “el proceso decisorio deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”.

7.6. Es decir, de acuerdo con la interpretación oficial, la CND establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a que los operadores jurídicos sopesen de manera explícita el interés superior en sus decisiones. Es incompleta y contradice la Convención toda decisión administrativa o judicial que afecte la vida de un niño y omita explicar cómo ha sido considerado su interés superior en el caso concreto. En otras palabras, el interés superior del niño debe ser mencionado, evaluado y explicado en todas las decisiones que afecten los derechos de un menor de edad.

7.7. Ahora bien, tener en cuenta el interés superior del niño es tomar una decisión que “garantice el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”[78]. En ese orden de ideas, “lo que a juicio de un adulto [operador jurídico] es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”[79]. El Comité hace énfasis en que en la CND “no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al ‘interés superior del niño’, por lo que ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño”[80].

7.8. Lo anterior significa que la plena aplicación del concepto del interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en la garantía integral y simultánea de todos los derechos a fin de garantizar, en la mayor medida posible, la integridad física, psicológica, moral y espiritual de los niños. Por consiguiente, las autoridades judiciales y administrativas, así como cualquier otro interviniente, deben respetar en sus decisiones lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concreto, sin buscar hacer prevalecer un derecho en particular en detrimento de los demás derechos del menor.[81]

7.9. Específicamente en relación con el interés superior del niño como garantía procesal, el Comité entiende que los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades específicas. Por tanto, la evaluación de las mismas solo puede ser realizada por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente.

“[E]l proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales.”[82]

7.10. En el ámbito nacional, el Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante CIA) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han integrado al ordenamiento interno la Convención sobre los Derechos del Niño y las interpretaciones del Comité de los Derechos del Niño. En ese sentido, el artículo 6 del CIA establece lo siguiente:

“Artículo 6°. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

7.11. En sintonía con el instrumento internacional y el artículo 44 de la Constitución Política, el CIA define en sus artículos 8 y 9 los conceptos de “interés superior del niño” y “prevalencia de los derechos” en los siguientes términos:

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

Artículo 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

7.12. Por su parte, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente en relación con el contenido y alcance del principio del interés superior:

“En suma, el principio del interés superior del menor constituye una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico colombiano, que representa una valiosa guía hermenéutica orientadora de las decisiones judiciales que resuelvan conflictos que involucren a menores de edad. De acuerdo con este principio al menor debe dispensarse un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional, en procura de garantizar su desarrollo integral y armónico y su bienestar físico, mental, espiritual y social.”[83]

7.13. Así mismo, con el propósito de lograr una aplicación consistente del interés superior del niño, la Corte estableció la forma en que debe ser entendido, sopesado y

aplicado este concepto por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Al respecto, la sentencia T-510 de 2003 fue la primera en definir unos criterios que deben ser considerados por los operadores jurídicos al momento de evaluar el interés superior del niño en un caso particular. Esos criterios, que han venido siendo reiterados y precisados por la jurisprudencia constitucional, fueron sintetizados por la sentencia SU-677 de 2017 en los siguientes deberes a cargo de los operadores jurídicos:

- “(i) Garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes;
- (ii) Asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos;
- (iii) Protegerlos de riesgos prohibidos;
- (iv) Equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes;
- (v) Garantizar un ambiente familiar apto para su desarrollo;
- (vi) Justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares; y
- (vii) Evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.”[84]

7.14. En conclusión, las autoridades administrativas y judiciales deben aplicar el principio de primacía del interés superior del niño cuandoquiera que su decisión pueda afectar los derechos de un menor de edad. A su vez, para la aplicación específica de este principio deben acudir a los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional con el objeto de establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen los derechos del menor de edad.[85]

8. El proceso administrativo de restablecimiento de derechos y las modificaciones introducidas por la Ley 1878 de 2018

8.1. El inciso segundo del artículo 44 de la Constitución establece que es obligación de la familia, la sociedad y el Estado asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes para

garantizar su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En todo caso, sin desconocer los deberes de la familia y la sociedad, el Estado tiene la obligación prevalente de asegurar la protección de los menores de edad que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

8.2. Los artículos 50, 51 y 52 del CIA definen el proceso de administrativo de restablecimiento de derechos como la herramienta que tiene el Estado para cumplir con su obligación de proteger la dignidad e integridad de los niños y su capacidad para ejercer efectivamente sus derechos. De acuerdo con estos artículos, cuando las autoridades públicas tengan conocimiento de la amenaza o vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente deben actuar de inmediato para verificar la situación y, si es el caso, asegurar su protección inmediata.

8.3. El artículo 53 del CIA establece que las autoridades competentes podrán dar apertura al proceso de restablecimiento de derechos y tomar alguna o varias de las siguientes medidas de protección, las cuales pueden ser provisionales o definitivas:

“1. Amonestación [a los progenitores o familiares cercanos] con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.

3. Ubicación inmediata en medio familiar.

4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.

6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.”[86]

8.4. En cuanto a los términos del proceso de restablecimiento de derechos, los artículos

100, 102 y 103 del CIA establecen que la autoridad administrativa debe definir la situación jurídica del menor de edad dentro de los seis (6) meses siguientes contados a partir del conocimiento de la presunta vulneración o amenaza. Este plazo puede ser prorrogado por la autoridad por seis (6) meses más en casos excepcionales mediante resolución motivada, sin embargo, “en ningún caso el proceso administrativo de restablecimiento de derechos con el seguimiento podrá exceder los dieciocho meses (18), contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar. (Negrilla fuera del texto original).”[87]

8.5. De igual forma, el artículo 103 del CIA señala que el proceso de restablecimiento de derechos tiene un carácter eminentemente transitorio, por lo que antes del término mencionado la autoridad administrativa tiene la obligación de determinar, con fundamento en el material probatorio recaudado durante el proceso, si procede alguna de las siguientes tres opciones: (i) el cierre del proceso cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos; (ii) el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o (iii) la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

8.6. En relación con la tercera opción, es importante anotar que si bien la adopción es un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior de los niños cuando la familia no garantiza las condiciones para la realización y ejercicio de sus derechos, esta medida debe estar ampliamente fundamentada, pues implica una intervención drástica del Estado en la familia.[88]

8.7. La Corte Constitucional ha desarrollado ciertas reglas que limitan la intervención del Estado en el ámbito familiar cuando se trata de declarar en situación de adoptabilidad a un menor de edad. Estos límites se encuentran fundados en los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, así como en la presunción a favor de la familia biológica. No obstante, las autoridades deben evaluar las circunstancias específicas de cada caso concreto a la luz del principio del interés superior del niño con el fin de hacer prevalecer la protección de sus derechos por encima de los otros involucrados.

8.8. En la sentencia SU-225 de 1998, la Corte afirmó que la intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. Ante esa eventualidad, la cual debe estar demostrada, compete al Estado prestar la protección y el cuidado que los menores de edad necesitan. En principio, los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento, no obstante, cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente el Estado deberá intervenir.[89] En otras palabras: “en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo”[90].

8.9. En desarrollo de la importancia de mantener los vínculos con la familia biológica, la Corte profirió la sentencia T-844 de 2011 en donde determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva del derecho constitucional, genera para las autoridades públicas un deber general de abstención. Este deber se traduce en la prohibición de adoptar medidas que impliquen la separación familiar sin el fundamento suficiente. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“Dicho concepto [la adopción] ha tenido que variar en tanto la nueva legislación de la infancia y la adolescencia –Ley 1098 de 2006– como la doctrina constitucional, le apuestan a la institución familiar y, por ende, a la presunción de permanencia en la familia biológica, salvo que se demuestre razonadamente que el niño, niña o adolescente debe salir de ella para lograr la protección efectiva de sus derechos. Por tanto, los funcionarios encargados de esta decisión deben tener especial cuidado de no afectar el derecho a la unidad familiar cuando no existan razones válidas para tan drástica decisión.”[91]

8.10. En el citado pronunciamiento, la Corte enfatizó que durante el proceso de restablecimiento de derechos el ICBF debe tener la precaución de realizar un rastreo de la familia cercana del niño, niña o adolescente antes de declararlo en situación de adoptabilidad. Con fundamento en la presunción a favor de la familia biológica, la Corte se refirió al artículo 56 del CIA el cual consagraba como medida de restablecimiento la ubicación del menor de edad en la familia de origen o familia extensa.

8.11. Ahora bien, cuando la sentencia T-844 de 2011 fue proferida el artículo 56 del CIA

hacía una remisión expresa al artículo 61 del Código Civil para definir la familia extensa. El mencionado artículo 61 enlista a los parientes por consanguinidad, por afinidad y los adoptivos (parentesco civil) mencionándose en el numeral 5° “Los colaterales hasta el sexto grado...”. Si bien la Corte hizo referencia a este artículo buscando reducir la discrecionalidad del ICBF al momento de decidir sobre la separación familiar, este pronunciamiento fue interpretado por la autoridad administrativa como una obligación imperativa de buscar literalmente la familia extensa del niño, niña o adolescente hasta el sexto grado de consanguinidad antes de considerar la adopción. En realidad, en la mencionada sentencia la Corte se había limitado ordenar al ICBF que diseñara un protocolo “en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de esa institución en cuanto a la aplicación de las distintas medidas de restablecimiento de derechos, en especial, la declaración de adoptabilidad, para que no se cometan los errores que se evidenciaron en el caso de la referencia”[92].

8.12. En este punto es importante hacer referencia a la Ley 1878 de 2018, la cual modificó varios artículos del CIA con el fin de dotar al proceso de restablecimiento de derechos “de mayor claridad en su interpretación, (...) y así brindar seguridad jurídica a las decisiones definitivas que respecto de las vidas de los niños, niñas y adolescentes determinan las distintas autoridades judiciales y administrativas competentes”[93]. Entre las diferentes modificaciones, la exposición de motivos de la Ley en cita destacó la necesidad de precisar el contenido del artículo 56 del CIA, en tanto la aplicación irreflexiva que se venía haciendo del mismo desde la sentencia T-844 de 2011 había derivado en una especie de “limbo jurídico” donde los niños cuyos derechos habían sido vulnerados no eran reintegrados con sus familias ni declarados en situación de adoptabilidad.

8.13. En efecto, la remisión al artículo 61 del Código Civil del artículo 56 del CIA hacía que antes de declarar en situación de adoptabilidad a un niño, una niña o adolescente, los funcionarios del ICBF debían realizar una exigente e infructuosa búsqueda de referentes familiares hasta el sexto grado de consanguinidad, los cuales –cuando eran encontrados– no eran conocidos por los menores y, por consiguiente, no existía vinculación afectiva.

8.14. Esta búsqueda conllevó diferentes dificultades y demoras, siendo la más grave la institucionalización en que quedaban los niños, niñas y adolescentes durante el proceso de restablecimiento de derechos debido al mencionado “limbo jurídico”. La exposición de

motivos de la Ley 1878 de 2018 indicó que, según las estadísticas del ICBF, entre los años 2011 y 2016 las adopciones en Colombia se redujeron sustancialmente, pasando de 2.713 menores de edad dados en adopción en el año 2011 a 1.181 en el año 2016.

8.15. Así mismo, de acuerdo con los datos del Sistema de Información Misional (SIM) del ICBF, de los 15.768 procesos de restablecimiento de derechos abiertos en el año 2011, un total de 4.170 terminaron con la declaración de adoptabilidad del niño, niña o adolescente. Mientras que, de los 23.540 procesos de restablecimiento de derechos abiertos en el año 2016, solamente 1.761 terminaron con la declaración de adoptabilidad. Es decir que desde el año 2011 hasta el año 2016, pese a que la apertura de procesos de restablecimiento de derechos aumentó de manera exponencial, las declaraciones de adoptabilidad se redujeron en un 58%.[94]

8.16. Lo anterior denota el impacto negativo e insospechado que generó la malinterpretación de la sentencia T-844 de 2011 en el proceso de restablecimiento de derechos. Si bien se reconoce que la declaratoria de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente es una medida drástica de protección, también es necesario entender que su propósito es restablecer de manera definitiva los derechos vulnerados del menor brindándole protección en un entorno familiar. Es por ello que, con el objetivo de evitar el “limbo jurídico” que representa la institucionalización indefinida, la Ley 1878 de 2018 eliminó la referencia al artículo 61 del Código Civil y la consecuente obligación de la autoridad administrativa de buscar la familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad. En efecto, el texto que se encuentra actualmente vigente es el siguiente:

“Artículo 56. Modificado por la Ley 1878 de 2018, artículo 2º. Ubicación en medio familiar. Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior.

La búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los seis (6) meses del término inicial para resolver su situación legal y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y

privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta.

Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.”

8.17. Es decir, la medida de ubicación familiar no supone ni debe ser interpretada como una obligación imperativa para la autoridad administrativa de buscar la familia extensa del niño, niña o adolescente cuyos derechos se encuentran amenazados o han sido vulnerados. Actualmente, esta medida es procedente frente a parientes cercanos (sin importar el grado) que, sobre todo, ofrezcan condiciones para garantizar los derechos del menor de edad. La búsqueda de parientes, en todo caso, se circunscribe al marco temporal establecido para el proceso de restablecimiento de derechos, el cual por lo general debe durar 6 meses, 12 meses en casos excepcionales y nunca más de 18 meses.

8.18. Así las cosas, de acuerdo con una lectura integral de la normatividad vigente, las medidas de protección estipuladas en los artículos 53 y siguientes del CIA –entre las que se encuentra la ubicación en medio familiar– no pueden ser interpretadas como precondiciones dentro del proceso de restablecimiento de derechos que terminen por impedir la definición de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes. Las medidas deben ser adoptadas racional y oportunamente de acuerdo con el análisis concreto del caso y la protección prevalente del interés superior del menor. En ese sentido, si bien es claro que la declaratoria de adoptabilidad debe tener amplio sustento probatorio, tal decisión no puede verse retrasada de manera indefinida.

8.19. Incluso, antes de que fuera expedida la Ley 1878 de 2018 la Corte ya se había referido a la necesidad de adelantar las actuaciones del proceso de restablecimiento de derechos en un término razonable, pues una demora injustificada en la definición de la situación de los niños, niñas y adolescentes terminaría por vulnerar la prevalencia de sus derechos. En ese sentido, la sentencia T-489 de 2012 sostuvo lo siguiente:

“En este sentido, resulta válido que mientras se lleva a cabo la valoración de la idoneidad

de la familia extensiva para procurar el cuidado del menor, sean adoptadas medidas que garantice el restablecimiento de sus derechos, pero dicho trámite no debe tardar más de lo razonable. (...) Se advertirá a la entidad accionada que una demora injustificada en la realización de los trámites pertinentes para la definición de las medidas para la protección de niñas, niños y adolescentes trae consigo la vulneración del mandato superior de interés prevalente del menor y el derecho a la familia en titularidad suya y demás miembros del grupo familiar.”[95]

8.20. Más adelante, en la sentencia T-212 de 2014, la Corte enfatizó que el desarrollo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos “obedece a los principios de celeridad, oportunidad y eficacia, pues se pretende privilegiar el interés superior de los niños que puede verse afectado debido a una actuación que se dilate injustificadamente en el tiempo”[96].

8.21. La interpretación que hizo el ICBF de la sentencia T-844 de 2011 en relación con la medida de ubicación familiar ocasionó importantes retrasos administrativos al momento de declarar en situación de adoptabilidad a un menor de edad, por lo que la Corte tuvo que pronunciarse específicamente sobre el tema en la sentencia T-024 de 2017:

En resumen, el interés superior del menor, considerado en la situación concreta de la niña o del niño que se trate, es un factor que ningún juez o autoridad administrativa puede dejar de considerar.”[97]

8.22. La exigencia de la jurisprudencia constitucional de adelantar las actuaciones del proceso de restablecimiento de derechos en un término razonable cobra especial relevancia debido a los efectos negativos que puede tener la institucionalización de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, en la sentencia T-663 de 2015 esta Corporación se refirió a esta situación:

“La institucionalización de niños, niñas y adolescentes por motivos de salud y cuidado personal es una medida que, si bien tiene propósitos de protección, se encuentra sometida a estrictos controles con el fin de velar por su interés superior y derechos fundamentales. La institucionalización puede verse acompañada de importantes consecuencias negativas para la persona sometida a ella, lo que impone el deber de considerar cualquier alternativa menos lesiva para lograr el fin pretendido.

(...) De lo anterior se deriva que la institucionalización está regida por dos parámetros estrictos: el principio de necesidad y el interés superior del niño. Solo cuando se satisfagan estos dos requisitos puede procederse a una ubicación que signifique su institucionalización, pues esta implica la separación del niño, niña o adolescente de su núcleo familiar y comunidad, lo cual sin duda puede conllevar a traumatismos en su desarrollo integral. Por ello, entra en tensión con el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, a disfrutar de la vida en comunidad y a la libertad personal.”[98]

8.23. De acuerdo con la jurisprudencia, la institucionalización fue concebida como una medida para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no obstante, su carácter es excepcional debido a que va aparejada de importantes consecuencias negativas. En ese sentido, la sentencia T-528 de 2015 indicó lo siguiente:

“La medida se rige por dos parámetros constitucionales: el principio de necesidad y el interés superior del niño. Solo cuando se satisfagan estos dos requisitos puede procederse a una ubicación que signifique su institucionalización. Lo anterior se fundamenta en que la institucionalización implica la separación del niño, niña o adolescente de su núcleo familiar y comunidad de la que hace parte, lo cual sin duda puede conllevar a traumatismos en su desarrollo integral. Por ello, entra en tensión con el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, y a disfrutar de la vida en comunidad, así como con el derecho de los padres de criar a sus hijos y verlos crecer.”[99]

8.24. En definitiva, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y, como tal, el escenario idóneo para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. El Estado tiene la obligación de intervenir exclusivamente para prevenir la vulneración o restaurar los derechos cuando la familia no logra cumplir con su finalidad de ofrecer cuidado y protección a sus miembros vulnerables. En ese sentido, el ICBF, como autoridad pública competente en materia de familia, debe asegurar que los menores de edad puedan crecer y desarrollarse al interior del ámbito familiar, ya sea con su familia biológica o con otra familia con la cual se establezcan dichos lazos de manera irrevocable mediante sentencia judicial. Es por ello que el proceso de restablecimiento de derechos no puede verse retrasado de manera indefinida por la búsqueda de familia extensa hasta el sexto grado de consanguinidad, pues esto prolongaría la institucionalización del menor con las consecuencias negativas que esto

supone para su desarrollo integral.

9. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella

9.1. En numerosas ocasiones esta Corporación ha señalado que la familia debe ser el escenario donde los menores “puedan encontrar la protección que necesitan y las condiciones necesarias para su adecuado crecimiento y desarrollo”[100]. A su vez, artículo 44 de la Constitución dispone que “son derechos fundamentales de los niños: (...) tener una familia y no ser separados de ella”. Por su parte, el artículo 22 del CIA señala que: “los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho a crecer en el seno de su familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella (...)”; y que solo podrán ser separados cuando la familia “no garantice las condiciones para la realización y ejercicio de sus derechos (...)”.

9.2. Es claro que existe una importante presunción constitucional en favor los progenitores y la familia biológica, que únicamente puede ser desvirtuada cuando se demuestre su incapacidad y desinterés por garantizar a los menores de edad la protección de sus derechos. En palabras de la Corte, la mencionada presunción solo puede ser desvirtuada cuando se demuestre la “ineptitud [de la familia] para asegurar el bienestar del niño, o la existencia de riesgos o peligros concretos para el desarrollo de éste”[101]. En el mismo sentido, la sentencia T-730 de 2015 fue enfática al señalar:

“[S]i bien la regla general es que los niños puedan compartir con sus dos padres, incluso cuando estos estén separados, lo cierto es que caben excepciones que, por su carácter de tal, deben estar fundadas en hechos ciertos y objetivos orientados a la satisfacción máxima del interés superior de los niños. Lo anterior permite destacar que (...) en algunas ocasiones tener una familia compuesta por ambos padres no siempre es garantía del desarrollo integral del niño, toda vez que es posible que se presenten casos en los que los dos padres o uno de ellos son quienes amenazan o vulneran los derechos fundamentales de sus hijos, como sucede, por ejemplo, en los casos de violencia intrafamiliar. Por ello forzar a mantener los lazos familiares puede constituir la revictimización del niño, o incluso propiciar escenarios para que se repitan nuevamente los actos violentos. (Negrilla fuera del texto original)”[102]

9.3. Ahora bien, entre las diferentes circunstancias que pueden desvirtuar la presunción

de la familia biológica, la pobreza nunca puede ser utilizada por las autoridades para justificar la separación de los niños del medio familiar. Por el contrario, las dificultades económicas que puedan tener las familias para garantizar los derechos de sus miembros deben ser entendidas por las autoridades competentes en el contexto de las realidades sociales del país. El Estado, en desarrollo de su faceta prestacional, debe propender por la preservación de las familias e implementar programas de apoyo que garantice su unidad.[103]

9.4. En repetidas oportunidades la Corte Constitucional ha establecido que “ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas o educativas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres”[104]. Es por ello que las autoridades deben verificar la existencia de motivos adicionales, de suficiente peso, que legitimen la intervención del Estado en ámbito familiar.

9.5. Inclusive, el último inciso del artículo 56 del CIA prevé expresamente la obligación del Estado de asistir a la familia cuando ésta no cuenta con los recursos económicos suficientes:

“Si de la verificación del estado de sus derechos [del niño, niña o adolescente] se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos”

9.6. No obstante lo anterior, esta Corporación ha expresado que en aras de asegurar el interés superior del niño, el Estado tiene la facultad de limitar el derecho de los padres a la patria potestad cuando exista peligro, desprotección o abandono y éste tenga origen en el propio escenario familiar. Así las cosas, independientemente de las circunstancias económicas de la familia, las autoridades deben intervenir cuando identifiquen que son los mismos progenitores los causantes de la puesta en riesgo o la vulneración de los derechos de sus hijos. Al respecto, la sentencia T-212 de 2014 definió las siguientes condiciones para admitir la separación del niño, niña o adolescente del medio familiar:

“(i) Cuando esté plenamente probado que los progenitores amenazan la integridad física y mental;

(ii) Cuando exista una transgresión calificada, es decir, que se amenacen o vulneren gravemente sus derechos fundamentales, y

(iii) Cuando la gravedad de la afectación haga necesaria la separación del niño de su familia.”[105]

9.7. Así las cosas, la acción estatal debe estar orientada principalmente a conservar la unidad familiar en el marco de un ambiente que salvaguarde los derechos de los menores de edad; sin embargo, cuando ello no es posible, la autoridad administrativa, luego de un proceso de verificación y análisis de las circunstancias concretas del caso, puede acudir a la adopción como medida definitiva de restablecimiento de los derechos.

10. La declaratoria de adoptabilidad y el trámite de homologación del proceso de restablecimiento de derechos

10.1. La adopción ha sido definida por esta Corporación como una medida de protección orientada a satisfacer el interés superior del niño cuya familia no pueda proveer las condiciones necesarias para proteger sus derechos y asegurar su desarrollo integral. El objetivo esencial de esta medida es, entonces, “garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres el derecho a integrar de manera permanente e irreversible un núcleo familiar”[106], La adopción busca, justamente, hacer efectivo el derecho fundamental de todo niño a tener una familia.

10.2. Esta concepción es recogida por el artículo 61 del CIA, según el cual “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 paternofilial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Por su parte, el artículo 62 del mismo código establece que “[s]ólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres”.

10.3. En ese orden de ideas, la adopción –cuando no es consentida– debe estar precedida por un proceso de restablecimiento de derechos en el que la autoridad competente ha verificado que los progenitores del niño, niña o adolescente no pueden garantizar sus derechos y su desarrollo integral. En esos escenarios, la jurisprudencia de la

Corte Constitucional y el artículo 82 del CIA facultan específicamente al Defensor de Familia para declarar en situación de adoptabilidad al menor de edad como medida definitiva de protección de sus derechos.

10.4. En desarrollo de lo anterior, el CIA dispone en sus artículos 107, 108 y 119 que cuando se declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, habiendo existido oposición en la actuación administrativa, el defensor de familia debe remitir el expediente de actuaciones del proceso de restablecimiento al juez de familia para que se pronuncie en única instancia sobre su homologación. El mencionado artículo 119 establece expresamente lo siguiente: “Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: 1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. (...)”.

10.5. Más claramente, de acuerdo con la Resolución 1562 de 2016 del ICBF, el trámite de homologación es:

“[U]n control de legalidad de las decisiones adoptadas por parte de las autoridades administrativas, en virtud del cual le corresponde al Juez de Familia en única instancia realizar un control tanto de forma, respecto del procedimiento llevado a cabo en la actuación administrativa, como de fondo, en cuanto se extiende a establecer si la medida adoptada atendió el interés superior del niño, niña o adolescente. (Negrilla fuera del texto original)”[107]

10.6. Finalmente, cabe destacar que la Corte Constitucional también se ha referido en su jurisprudencia al trámite de homologación. Sobre éste, ha señalado que no es solo un control formal derivado del respeto de las reglas de procedimiento que rigen el trámite de restablecimiento de derechos “sino que la homologación es también un examen material dirigido a confrontar que la decisión adoptada en sede administrativa sea razonable, oportuna y conducente para proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, en términos acordes con el interés superior de los menores de edad”[108]. Lo anterior, considerando que en todos los casos la homologación tiene como única finalidad garantizar la efectividad del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos fundamentales.

11. Resolución del caso concreto

La cronología de actuaciones adelantadas por el ICBF durante el proceso de restablecimiento de derechos de Julián y su hermana Samanta fue descrita de manera amplia y precisa en el acápite correspondiente a los antecedentes. A continuación se presenta un resumen ejecutivo de las actuaciones que sirvieron de fundamento a la defensora de familia para declarar a Julián en situación de adoptabilidad. Posterior a ello, con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará los siguientes puntos: (i) la aplicación del interés superior del niño en las decisiones administrativas y judiciales y (ii) el defecto fáctico atribuido a la sentencia del Juzgado de Familia de Soacha.

11.1. Resumen de las actuaciones adelantadas durante proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de Julián y Samanta

11.1.1. El 13 de julio de 2017, la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina, actuando en representación de Julián, interpuso acción de tutela contra el Juzgado de Familia de Soacha por no homologar la decisión de declarar al menor de edad en situación de adoptabilidad. A juicio de la accionante, esta decisión vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la alimentación equilibrada, al desarrollo integral de la primera infancia y al amparo contra el abandono físico, emocional y psicoactivo.

11.1.2. La lesión a los derechos fundamentales se concretó, según el escrito de tutela, en el hecho de que la autoridad judicial incurrió en un defecto fáctico al omitir la valoración integral del material probatorio recaudado durante el proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de Julián. Lo anterior tuvo como consecuencia la emisión de una sentencia judicial abiertamente equivocada, que desconoció las circunstancias fácticas del caso y ordenó la entrega inmediata del niño a sus progenitores en contravía del principio del interés superior del niño y de la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

11.1.3. La apertura del proceso de restablecimiento de derechos en favor de Julián fue decretada por la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha del ICBF el 3 de agosto de 2017, luego de recibir un oficio del Hospital de Soacha denunciando un caso de maltrato por negligencia de un niño recién nacido.

11.1.4. En la verificación del estado de vulneración de los derechos de Julián -llevada a cabo el mismo 3 de agosto de 2017 por las profesionales de equipo interdisciplinario- la defensora de familia pudo comprobar que sus progenitores no evidenciaban interés por el recién nacido ni contaban con los conocimientos mínimos para garantizar su cuidado: la madre no sabía alimentar al bebé ni cambiarle los pañales, mientras que el padre llegó al encuentro con los funcionarios del ICBF en aparente estado de embriaguez. Así mismo, comprobaron que los progenitores no tenían claros los motivos por los cuales su hijo había sido hospitalizado.

11.1.5. Con base en lo anterior, el mismo 3 de agosto de 2017 la defensora dio apertura al proceso de restablecimiento de derechos y ubicó al niño en un hogar sustituto como medida provisional protección mientras se adelantaba la etapa probatoria.

11.1.6. Durante los 9 meses siguientes, la defensora de familia y su equipo interdisciplinario hicieron seguimiento al estado físico, psicológico y social de Julián y su familia, a fin de determinar la medida definitiva de restablecimiento de derechos. En desarrollo de lo anterior, realizaron las siguientes actuaciones entre agosto y mayo de 2018:

- Entrevistas personales a Mario y Ángela.
- Visita al domicilio de los progenitores con el fin de verificar el entorno familiar.
- Búsqueda de la familia extensa y contacto con la madre de Ángela.
- Supervisión al desarrollo integral de Julián durante el tiempo que estuvo ubicado en hogar sustituto.
- Solicitud de peritaje psicosocial para determinar la posibilidad de declarar a Julián en situación de adoptabilidad.

11.1.7. El 28 de mayo de 2018, la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha decidió restablecer los derechos de Julián a crecer en un ambiente sano, a la calidad de vida, así como a ser protegido contra el abandono y el maltrato por negligencia, por lo que, con fundamento en las observaciones y actuaciones adelantadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos, decidió declararlo en situación de adoptabilidad.

11.1.8. La medida fue decretada en presencia de los progenitores y del personero municipal delegado para asuntos de familia. El personero no objetó la medida al considerar que Julián no estaría en buenas condiciones si su custodia quedaba en cabeza de sus padres. Por su parte, Mario y Ángela interpusieron recurso de reposición donde indicaron lo siguiente:

“Yo, [Mario], no estoy de acuerdo con la decisión, mi motivo es que yo quiero tener ese regalo de tener 80 años y mi hijo 15, estuve descuidado con el proceso, por una pequeña distracción sin darme cuenta no asistí ni di razones para cambiar, hasta que me llegó el momento de poder hacer el cambio.”[109]

“Yo, [Ángela], no estoy de acuerdo con la decisión, quiero tener a mi hijo para darle buenas condiciones de vida (...) no me movilicé antes por el trabajo absorbente, no tenemos casi oportunidad de descansar, la empresa nos exige llegar temprano. Con respecto a la salud, la cita de terapia de psicología ya asistí a cinco y el otro examen que me mandaron de psiquiatría he ido y no hay agenda.”

Al existir oposición, el expediente de actuaciones fue enviado al Juzgado de Familia de Soacha para su homologación.

11.1.9. Mediante sentencia del 11 de julio de 2018, el Juzgado de Familia de Soacha decidió no homologar la decisión de la defensora de familia y ordenó el reintegro inmediato de Julián a su entorno familiar. Luego de entrevistarse con Mario y Ángela, el juez llegó al convencimiento de que la existencia de una prueba científica que estableciera de manera definitiva y contundente la falta de capacidad física y mental de los padres era imprescindible para declarar al menor en situación de adoptabilidad. Así mismo, consideró que la defensora de familia había vulnerado el derecho del menor de edad y de sus progenitores a tener una familia y a no ser separados.

11.1.10. La defensora de familia interpuso acción de tutela contra esta decisión. Del trámite de tutela conoció en única instancia la Sala – Civil Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca quien, mediante sentencia del 26 de julio de 2018, negó el amparo.

11.1.11. En sede de revisión, gracias a la información enviada por el ICBF, fue posible complementar la información relacionada con el proceso de restablecimiento de derechos. De esta manera, la Sala pudo establecer que el 31 de julio de 2018 Julián fue reintegrado a su familia. El 06 de agosto de 2018, es decir, 6 días después del reintegro familiar, Ángela llevó al niño a urgencias del Hospital de Soacha con fiebre y con lesiones en la cara y en el cuerpo producidas por una infección bacteriana. La madre del menor también fue internada en el hospital debido a que se encontraba en la semana 36 de embarazo.

11.1.12. Según los informes del equipo interdisciplinario, cuando Ángela fue consultada acerca de si sabía sobre su condición de embarazo respondió: “Durante el proceso de embarazo del niño realicé controles prenatales, pero en el embarazo de la niña no, porque se me pasó el tiempo, nunca fui a Casa Blanca donde atienden las maternas en Soacha, en los nueve meses no me realicé controles, no me vacuné”[110]. De igual forma, manifestó sobre su estado de salud lo siguiente:

“Durante el PARD de [Julián] no fuimos a procesos psicológicos como lo había ordenado la Defensora de Familia. No fuimos porque cuando me daban la cita no tenía el dinero ni el tiempo porque nuestro trabajo es absorbente. No cumplimos con los compromisos del Centro Zonal Soacha. Me enviaron a psiquiatría, no pedí cita y no llevé la valoración.”[111]

11.1.13. El 28 de agosto de 2018, el Hospital de Soacha remitió nuevamente al Centro Zonal de Soacha del ICBF el caso de Julián con la anotación de última vez: “sospecha de descuido y maltrato por negligencia”[112]. En esta ocasión el caso fue asumido por la defensora de familia Ángela Galindo Gutiérrez, quien reabrió el proceso de restablecimiento de derechos del niño, revocó la decisión de reintegrarlo con su familia y lo ubicó en un hogar sustituto como medida provisional de protección. Entre tanto, Ángela había sido trasladada al Hospital El Tunal donde dio a luz a Samanta el 15 de agosto de 2018.

11.1.14. El 28 de agosto del mismo año, una trabajadora social del Hospital El Tunal solicitó la intervención del Centro Zonal de Soacha del ICBF para que asumieran la protección de Samanta, hija recién nacida de Ángela. El oficio indicaba que la niña no registraba visitas en la unidad neonatal de cuidados intensivos ni acompañamiento de los

progenitores, por lo que requería el apoyo del ICBF para autorizar su salida del hospital.[113]

11.1.15. El 7 de septiembre de 2018, la defensora de familia encargada del caso de Julián decidió juntar a los dos hermanos y enviarlos a la Fundación Casa de la Madre y el Niño, debido a su perfil de vulneración y a la necesidad de procurarles atención especializada para su recuperación integral. El proceso de restablecimiento de derecho fue reasignado por competencia al defensor de familia del Centro Zonal Revivir en Bogotá.

11.1.16. El nuevo defensor de familia solicitó a su equipo interdisciplinario realizar una valoración psicosocial a los padres de los niños. El 25 de octubre de 2018 el psicólogo y la trabajadora social presentaron los respectivos informes. En ellos, indicaron que Mario y Ángela no contaban con la capacidad de garantizar el cuidado y los derechos de Julián y Samanta, por lo que sugerían continuar la ubicación de los hermanos en la Fundación Casa de la Madre y el Niño.

11.1.17. Respecto a Ángela, es de destacar que el psicólogo identificó “poco análisis ante los eventos que ha vivido, (...) inmadura y con falta de responsabilidad en su rol materno”, así como “factores inadecuados para que reciba nuevamente la custodia de sus hijos”[114]. En relación con Mario, el psicólogo identificó la existencia de una tendencia a ajustar la veracidad de sus afirmaciones buscando ocultar, por un lado, los conflictos en su relación con Ángela y, por otro lado, su responsabilidad en la hospitalización de Julián debido a las malas condiciones de higiene de su hogar.

11.1.18. Las últimas actuaciones adelantadas por el ICBF hacen referencia a una comunicación telefónica sostenida con la madre de Ángela y a un informe enviado por la trabajadora social de la Fundación Casa de la Madre y el Niño al defensor de familia encargado del caso. En la llamada, realizada el 28 de noviembre de 2018, la abuela materna de Julián y Samanta manifestó que ella no estaba interesada en hacerse cargo de ellos, así mismo sugirió que los niños debían quedar bajo el cuidado del ICBF. Por su parte, el 3 de diciembre de 2018, la trabajadora social de la Fundación Casa de la Madre y el Niño informó que Julián y Samanta se encontraban en buenas condiciones de salud, sin embargo, subrayó que en más de 3 meses sus padres solo habían asistido en 2 ocasiones a visitarlos, mostrando interés única y exclusivamente por Samanta.

11.2. La aplicación del interés superior del niño en el caso concreto

11.2.1. Para comenzar el análisis del caso objeto de revisión, la Sala considera necesario pronunciarse sobre la aplicación del interés superior del niño en las decisiones administrativas y judiciales que afectaron la vida de Julián. En ese sentido, pasará a determinar, por un lado, si la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha cumplió con las condiciones establecidas en la jurisprudencia para separar Julián de sus padres y declararlo en situación de adoptabilidad; y, por otro lado, si el Juzgado de Familia de Soacha cumplió con el deber de garantizar el interés superior de Julián al no homologar la decisión de declararlo en situación de adoptabilidad y ordenar el reintegro inmediato con sus padres.

Decisiones de la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha

11.2.2. Lo primero que advierte la Sala es que la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha sí cumplió la obligación a su cargo de proteger los derechos fundamentales de Julián. Lo anterior se evidencia, concretamente, al verificar los fundamentos fácticos y jurídicos de dos decisiones centrales: la decisión del 3 de agosto de 2017 de dar apertura al proceso de restablecimiento de derechos y ubicar al menor de edad en un hogar sustituto; y la Resolución No. 282 del 18 de mayo de 2018 mediante la cual fue declarado en situación de adoptabilidad.

11.2.3. Como se anotó en la parte considerativa de esta sentencia, la jurisprudencia definió las siguientes condiciones específicas para admitir una medida de protección que implique la separación del menor de edad del medio familiar: (i) debe existir una amenaza o vulneración grave a sus derechos fundamentales, (ii) debe estar probado que los progenitores amenazan su integridad física y mental, y (iii) la amenaza o vulneración hacen necesaria la separación.

11.2.4. El 3 de agosto de 2017, la defensora de familia asumió el conocimiento de la situación de Julián luego de la denuncia formulada por el Hospital de Soacha donde alertaba sobre el caso de un niño con 6 días de nacido ingresado a urgencias por un aparente caso de “maltrato por negligencia”. Del informe de valoración sobre el estado de cumplimiento de los derechos se pudo extraer que Julián, al momento de la intervención del equipo interdisciplinario:

- Había ingresado a urgencias con fiebre y aparentemente contagiado por una infección transmitida por su madre.
- No contaba con certificado de nacido vivo.

11.2.5. Así mismo, en la valoración inicial las profesionales del equipo interdisciplinario indicaron que Mario y Ángela no habían demostrado capacidades adecuadas para garantizar el cuidado de su hijo recién nacido. En efecto, luego de entrevistarse con los progenitores y observar sus interacciones con el menor de edad habían identificado que la madre no sabía amamantar al bebé ni cambiarle el pañal, mientras que el padre había llegado al encuentro con los funcionarios del ICBF en aparente estado de embriaguez. Al preguntarles por el ingreso de su hijo al hospital había manifestado no tener claros los motivos. Con fundamento en lo anterior, la defensora de familia decidió dar apertura al proceso de restablecimiento de derechos y ubicar a Julián en un hogar sustituto como media provisional de protección.

11.2.6. En primer lugar, la Sala reconoce que la decisión de la defensora de familia de separar a Julián de sus progenitores obedece a la existencia de una vulneración concreta y probada de sus derechos a la salud, a la vida, al desarrollo de la primera infancia y a la protección contra el contagio de enfermedades infecciosas. El hecho de que con 6 días de nacido hubiera ingresado a urgencias contagiado por una infección transmitida por su madre resulta alarmante. La denuncia formulada por el Hospital de Soacha reflejan la misma preocupación.

11.2.7. No es admisible que por falta de cuidado sobre una infección urinaria la vida de un niño recién nacido se vea comprometida. Esta situación viola el numeral 14 del artículo 20 del CIA, el cual dispone la obligación de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra “[e]l 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”.

11.2.8. En segundo lugar, de la entrevista realizada a los progenitores y de la observación de sus capacidades parentales se hace patente la existencia de un riesgo real sobre la integridad de Julián. De acuerdo con el concepto de los profesionales del Hospital

de Soacha y de la valoración realizada por las profesionales del equipo interdisciplinario, Mario y Ángela no contaban con las capacidades necesarias para garantizar el cuidado y asegurar desarrollo integral del menor de edad. La jurisprudencia constitucional ha establecido la obligación de proteger de manera especial los derechos a la salud y a la vida de los niños recién nacidos, pues “se encuentran en un estado de vulnerabilidad y fragilidad especial que ameritan atención calificada por parte de la familia, la sociedad y Estado”[115]. Por tanto, para la Sala es claro que la falta de conocimiento de Mario y Ángela sobre los cuidados mínimos que debían procurarle a su hijo recién nacido representa un riesgo real y concreto de vulneración.

11.2.9. En ese sentido, al estar comprobada (i) la vulneración real a los derechos de Julián originada en la enfermedad infecciosa que le fue transmitida y (ii) la existencia de un riesgo sobre su desarrollo integral relacionado con la falta de capacidad de sus progenitores para asegurar su cuidado, es claro que (ii) la separación familiar resultaba necesaria en el caso concreto. Por lo tanto, la actuación de la defensora de familia estuvo fundada en evidencias y criterios objetivos que justificaron la medida de protección de ubicar provisionalmente al niño en un hogar sustituto.

11.2.10. Mediante la Resolución No. 282 del 18 de mayo de 2018, luego de 10 meses de haber tenido conocimiento del caso, la defensora de familia declaró en situación de adoptabilidad a Julián como medida definitiva de restablecimiento de derechos. Esta decisión fue tomada luego de establecer que Mario y Ángela no contaban con la capacidad ni tenían la disposición de garantizar los derechos fundamentales de su hijo y asegurar su desarrollo pleno e integral.

11.2.11. Dentro de proceso de restablecimiento de derechos, la defensora de familia realizó varias entrevistas con los progenitores e inició un calendario de visitas vigiladas para éstos pudieran establecer un vínculo afectivo con el menor de edad. De esas entrevistas y visitas se evidenció que Mario y Ángela no eran amorosos con su hijo ni se preocupaban realmente por su bienestar. En efecto, los progenitores: (i) visitaban con poca frecuencia a su hijo y las visitas eran de corta duración; (ii) tenían una relación de pareja conflictiva con indicios de violencia intrafamiliar y maltrato de Mario a Ángela, llegando incluso a golpear al niño a raíz de una agresión del padre durante una visita; (iii) se presentaban en malas condiciones de aseo personal y, pese a las recomendaciones de los

funcionarios del ICBF, no hicieron ningún cambio al respecto; y (iv) no cumplieron con los compromisos de aportar información sobre sus familiares cercanos y asistir a las citas médicas asignadas para la valoración psicológica de Ángela.

11.2.12. Adicional a lo anterior, luego de una visita del equipo interdisciplinario a la vivienda familiar se pudo comprobar que el entorno no era adecuado para garantizar los derechos y el desarrollo integral de Julián. Las profesionales encontraron que la vivienda de Mario y Ángela: (i) era una construcción con un solo cuarto, sin baño ni cocina; (ii) no contaba con servicios de acueducto y alcantarillado, su única fuente de abastecimiento de agua era una manguera; (iii) en la zona de la vivienda que se encontraba al aire libre había una gran acumulación de basura y chatarra; y (iv) el único cuarto de la vivienda era oscuro, sin ventilación, húmedo y, además, se habían encontrado diferentes desperdicios orgánicos (huesos de pollo, entre otros). Así mismo, ante el llamado de atención por parte de la defensora sobre los efectos perjudiciales que podría tener para un recién nacido las condiciones del entorno familiar los progenitores no realizaron ningún cambio al respecto.

11.2.13. Lo primero que debe anotar la Sala es el hecho de que la condición económica de los padres no constituye un criterio válido para analizar su aptitud y capacidad para garantizar el cuidado de su hijo. En efecto, la pobreza nunca puede ser utilizada como argumento por las autoridades estatales para justificar la separación de los niños del medio familiar. Lo contrario resultaría en un trato discriminatorio, inadmisibles en el marco de un Estado Social de Derecho. En cumplimiento de su faceta prestacional el Estado tiene la obligación de proporcionar las ayudas que sean necesarias para evitar la desintegración de las familias por motivos económicos.

11.2.14. Ahora bien, como se anotó en la parte considerativa de esta providencia, en aras de garantizar el interés superior del niño las autoridades de familia tienen la facultad de separar a los hijos de sus padres cuando exista peligro, desprotección o abandono de los menores de edad y esto tenga su origen en el escenario familiar. Es por ello que, en este caso concreto, existen consideraciones diferentes a la situación económica de Mario y Ángela que, estudiadas en su conjunto, evidencian el riesgo que corre Julián a su lado y hacen necesaria la intervención del Estado.

11.2.15. En efecto, a través de la información recaudada por el equipo

interdisciplinario, se comprobó que los progenitores no demostraron un compromiso serio con el proceso de restablecimiento de derechos de su hijo. Más allá de la falta de expresiones de afecto, la persistente renuencia a cumplir con compromisos elementales –relacionados con las condiciones de la vivienda familiar, su higiene personal, la modificación de las actitudes violentas, etc.– demostraron que Mario y Ángela no estaban realmente interesados en modificar su estilo de vida en beneficio de Julián. Así, aunado a que las condiciones habitacionales de la vivienda no fueron mínimamente mejoradas en ningún sentido para garantizar un ambiente sano y acorde con la protección especial que requiere un recién nacido, la falta de cambios concretos en su comportamiento hizo evidente que los progenitores no estaban en condiciones de ofrecerle a su hijo el afecto y el cuidado necesarios para asegurar su desarrollo integral.

11.2.16. La inexistencia de vínculos afectivos entre los padres y su hijo se hizo patente, por ejemplo, con la poca asistencia de Mario y Ángela a las visitas vigiladas y con las excusas que mencionaban relacionadas con su trabajo. El equipo interdisciplinario describe en sus informes las reiteradas solicitudes dirigidas a los progenitores para que se apropiaran del proceso de restablecimiento con el fin de que fueran ellos –y no el ICBF– los garantes de los derechos y el desarrollo integral de su hijo.

11.2.17. En relación con los familiares cercanos, esta Sala encuentra que

Mario y Ángela omitieron aportar al proceso información sobre sus familiares y, cuando finalmente lo hicieron, éstos manifestaron no estar interesados en hacerse cargo del niño. Por tal motivo, en el informe que la psicóloga del equipo interdisciplinario presentó a la defensora de familia el 10 de mayo de 2018 se advierte que el niño no posee de una red familiar de apoyo.[116]

11.2.18. En definitiva, el desinterés y la reticencia a los cambios que demostraron Mario y Ángela durante el proceso de restablecimiento de derechos hicieron evidente que las razones que dieron lugar a su apertura persistían luego de 10 meses. Así, a pesar de que los padres se opusieron a la decisión de la defensora de familia de declarar a su hijo en situación de adoptabilidad, ellos mismos se negaron a realizar los cambios que les eran exigidos para recibir nuevamente la custodia del niño.

11.2.19. Es claro, entonces, que si bien la declaratoria de adoptabilidad es una de

las medidas más drásticas que se pueden tomar respecto de un niño, niña o adolescente, en el caso concreto esta medida era necesaria para proteger de manera integral los derechos del menor de edad y garantizar el principio del interés superior. Así las cosas, la Sala encuentra que no se vulneraron los derechos fundamentales de los intervinientes del proceso de restablecimiento de derechos, que culminó con la expedición de la Resolución N° 282 del 18 de mayo de 2018, mediante la cual Julián fue declarado en situación de adoptabilidad.

Decisión del Juzgado de Familia de Soacha

11.2.20. La Sala debe comenzar este segundo punto del análisis señalando que el Juzgado de Familia de Soacha no cumplió con el deber de garantizar el interés superior de Julián al no homologar la decisión de declararlo en situación de adoptabilidad y, además, ordenar el reintegro inmediato con sus padres. En efecto, en la valoración del caso concreto el juez de familia debía aplicar el interés superior del niño en su dimensión de norma de procedimiento (de acuerdo con las tres dimensiones establecidas por la Observación General No. 14 del Comité para los Derechos del Niño), según la cual, el operador judicial debe incluir de manera explícita una evaluación sobre las repercusiones de su decisión en la vida y los derechos del menor de edad involucrado.

11.2.21. Al respecto, como se anotó en la parte considerativa de esta sentencia, la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia unos criterios jurídicos con el fin de lograr una aplicación consistente del interés superior del niño por parte de las autoridades judiciales. En ese sentido, al momento de tomar una decisión sobre la vida y los derechos de un menor de edad el juez tiene los siguientes deberes a su cargo:

- (i) Garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes;
- (ii) Asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos;
- (iii) Protegerlos de riesgos prohibidos;
- (iv) Equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

- (v) Garantizar un ambiente familiar apto para su desarrollo;
- (vi) Justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares; y
- (vii) Evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.

11.2.22. En cuanto a la aplicación específica de estos criterios, es importante resaltar que el interés superior del niño debe ser analizado según las circunstancias específicas de cada caso y de cada niño, niña o adolescente en particular. En ese sentido, no es posible establecer una presunción de carácter absoluto en favor de la familia biológica y su capacidad para garantizar los derechos y el desarrollo integral de sus integrantes menores de edad. Por ejemplo, la Corte ha considerado que se desconoce el interés superior cuando se obliga a un niño a regresar con su madre biológica “cuando ella no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia (...)”[117], o cuando “se le separa, en forma abrupta e intempestiva, de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto, sin antes valorar adecuadamente su entorno”[118].

11.2.23. De manera reciente, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional dejó sin efectos la decisión de un juzgado de familia de no homologar la declaratoria de adoptabilidad de una niña por no considerar en su sentencia el principio del interés superior del menor según los criterios establecidos en la jurisprudencia. Para la Sala, las autoridades administrativas y judiciales que tomen decisiones que afecten directamente la vida de un niño, niña o adolescente deben considerar “los criterios que determinen el interés superior de los niños, tales como propender por su desarrollo integral, proporcionar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, protegerlos frente a riesgos prohibidos, y proveer un ambiente familiar apto para su desarrollo”[119].

11.2.24. En aquella oportunidad, la Sala interpretó que el juez había transgredido el debido proceso por no realizar un análisis completo del caso concreto a la luz de los criterios indicados en la jurisprudencia constitucional:

“Estas razones relacionadas con la indebida aplicación del principio del interés superior del menor, unidas a las evidencias de maltrato físico y emocional que la niña vivió cuando estaba al cuidado de sus padres, y al incumplimiento de unas mínimas garantías que eran

necesarias para que el reintegro de la niña pudiera hacerse efectivo, constituían elementos de juicio que la Juez XX de Familia valoró en incumplimiento del principio superior del menor de edad. Por tanto, adoptó una decisión que incurre en defecto fáctico y en violación directa de la Constitución. (...) En efecto, se reitera que esta Sala corroboró que la declaratoria de adoptabilidad era la decisión que mejor satisfacía el interés superior de la menor de edad.”[120]

11.2.25. Así las cosas, la Sala acude a los criterios propuestos por la jurisprudencia para analizar el caso de Julián:

(i) En relación con la garantía del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, es importante recordar que este requisito implica asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese sentido, si bien el derecho de Julián a tener una familia y a no ser separado de ella fue afectado por la decisión de declararlo en situación de adoptabilidad, lo cierto es que esta decisión estaba encaminada a garantizar otros de sus derechos como la salud, la integridad personal, el desarrollo de la primera infancia y la protección contra el abandono físico, emocional y psicoactivo de sus padres. Sumado a esto, y en última instancia, la decisión de la defensora de familia también estuvo encaminada a proteger su derecho a tener una familia. Al estudiar los derechos de Julián de manera conjunta se hace evidente que la forma de asegurarlos de manera integral y simultánea es mediante la declaratoria de adoptabilidad como medida definitiva de protección.

Por eso mismo, en lo que respecta a la adopción, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente sobre el contenido y alcance del principio del interés superior:

“La adopción es concebida como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor adoptable, a través de la posibilidad de garantizarle el derecho a tener una familia originada en vínculos civiles, cuando la natural no le brinde el cuidado que su condición de menor reclama”[121]

(ii) Con respecto a la necesidad de asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos, se reitera que el interés superior supone asegurar el desarrollo holístico del niño. De esta manera, debido a que los padres de Julián no cumplieron con los compromisos solicitados por la defensora para mejorar tanto sus hábitos personales como

las condiciones de la vivienda familiar, la decisión de declararlo en situación de adoptabilidad obedece a la necesidad de prevenir su regreso a un entorno familiar que no ofrece las condiciones para el ejercicio pleno de sus derechos.

(iii) Sobre la protección de riesgos prohibidos se destacan los indicios de violencia intrafamiliar en el hogar de Julián, puntualmente en el trato agresivo (físico y verbal) de Mario hacia Ángela; incluso se encuentra demostrada la ocurrencia de un incidente violento protagonizado por el padre donde el menor resultó golpeado en la cabeza durante una de las visitas vigiladas. Por tanto, la declaratoria de adoptabilidad se ajusta a la necesidad de protegerlo contra ambientes dañinos y violentos que, por su corta edad, amenazan de manera grave su desarrollo armónico e integral.

(iv) En cuanto al deber del juez de equilibrar los derechos de los intervinientes en favor de los niños, niñas y adolescentes, es claro que en el presente caso la protección integral de los derechos de Julián prevalece por encima de los derechos de sus progenitores. La interpretación del Juzgado de Familia de Soacha de proteger el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella constituye una interpretación negativa del principio del interés superior del niño, pues le dio prevalencia exclusivamente a la protección de éste derecho en detrimento de los otros. Lo que a juicio del juez era la manera correcta de garantizar el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos sus demás derechos. Específicamente, se destaca la necesidad de asegurar los derechos de Julián a la vida, a la salud, la integridad personal, a la alimentación equilibrada, al desarrollo integral de la primera infancia, al ambiente sano y al amparo contra el abandono físico, emocional y psicoactivo.

(v) El requisito de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño, en el presente caso se cumple si se admite la homologación de la decisión de declarar a Julián en situación de adoptabilidad. En efecto, durante el tiempo en que el menor estuvo ubicado en el hogar sustituto el equipo interdisciplinario comprobó que su desarrollo fue adecuado y acorde con su ciclo vital. No obstante, cuando regresó con sus padres luego de que el Juzgado de Familia ordenara el reintegro, en el transcurso de tan solo 6 días resultó enfermo con una enfermedad bacteriana como consecuencia de la falta de higiene del ambiente familiar.

(vi) En lo relacionado con el requisito de justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares, luego de ubicar a Julián en un hogar sustituto –decisión que, como se demostró en el apartado anterior, estuvo plenamente justificada– la defensora de familia realizó un seguimiento durante 10 meses a los progenitores con el fin de determinar su idoneidad parental y la posibilidad de devolver al menor al entorno familiar. Los diferentes informes aportados por las profesionales del equipo interdisciplinario evidenciaron que la medida para garantizar de manera integral y definitiva los derechos del menor era declararlo en situación de adoptabilidad. Una decisión en otro sentido hubiera desconocido el interés superior de Julián, en tanto los padres no demostraron tener la capacidad de garantizar todos sus derechos fundamentales, además de que se hubiera prolongado de manera indefinida su institucionalización.

(vii) Por último, sobre el requisito de evitar cambios desfavorables en las condiciones del niño, el Juzgado de Soacha omitió realizar una valoración del material probatorio contenido en el expediente de actuaciones presentado por la defensora de familia para su homologación. La orden de trasladar inmediatamente a Julián del hogar sustituto, donde había generado un vínculo afectivo con la madre sustituta y se encontraba en buenas condiciones de salud y nutrición, a la vivienda de Mario y Ángela, con quienes no había desarrollado un vínculo afectivo y no habían realizado ningún ajuste a las condiciones insalubres del hogar, representa un cambio abrupto en la vida del niño que puso en riesgo sus derechos fundamentales.

11.2.26. Por lo expuesto, es claro que el Juzgado de Familia de Soacha no aplicó los requisitos establecidos por la jurisprudencia para determinar el interés superior del niño en su decisión y, en su lugar, prefirió hacer prevalecer un único derecho por encima de los demás. En efecto, la sentencia se limitó a enunciar el contenido de diferentes sentencias de esta Corporación para finalmente afirmar, sin analizar el caso concreto a la luz del interés superior, que “en aras de garantizar el derecho fundamental del menor a tener una familia y no ser separado de ella, se ordena la ENTREGA INMEDIATA de [Julián] a sus progenitores por parte del ICBF para el restablecimiento de los derechos vulnerados”[122]. De haber realizado un análisis de las actuaciones del proceso de restablecimiento de derecho de acuerdo con la protección del interés superior del niño, habría evidenciado que los causantes de la vulneración de los derechos del menor de edad eran precisamente sus progenitores. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala procederá

a dejar sin efectos la decisión del Juzgado de Familia por no considerar y aplicar explícitamente el interés superior del niño en su decisión.

11.3. Estudio del defecto fáctico atribuido a la sentencia del Juzgado de Familia de Soacha

11.3.1. Corresponde ahora a la Sala determinar si el Juzgado de Familia de Soacha vulneró el debido proceso al no homologar la decisión de la defensora de familia Neidy Marieth Góngora Medina de declarar a Julián en situación de adoptabilidad. Este acápite, por tanto, se centrará en estudiar el cargo alegado por la accionante sobre el defecto fáctico en que incurrió la autoridad judicial en su sentencia.

11.3.2. La Sala debe comenzar por afirmar que el Juzgado de Familia de Soacha sí incurrió en un defecto fáctico, pues cometió errores ostensibles y manifiestos en la valoración de las pruebas recaudadas durante el proceso de restablecimiento de derechos de Julián. Estos errores, además, condicionaron el sentido final de la sentencia cuestionada. No homologar la declaratoria de adoptabilidad fue el resultado directo dos irregularidades: por un lado, de una omisión en la valoración integral de las pruebas y, por otro lado, de un error manifiesto en la apreciación de las mismas. Por consiguiente, en el presente caso el defecto fáctico se configura tanto en su dimensión negativa como en su dimensión positiva.

11.3.3. En relación con el defecto fáctico en su dimensión negativa, para la Sala es claro que el Juzgado de Familia de Soacha omitió revisar de manera integral el expediente cuando afirma que la decisión de la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha “no se basó en pruebas contundentes y decisivas del procedimiento dentro del PARD”[123]. Esta aseveración resulta equivocada: el proceso de restablecimiento de derechos en favor de Julián duró más de 10 meses (entre el 3 agosto de 2017 y el 18 mayo de 2018) y en él se recolectaron gran cantidad de elementos probatorios –informes de seguimiento, visitas personales al entorno familiar, entrevistas con los progenitores, actas de compromisos, valoraciones psicosociales, entre otras– que permitieron establecer la incapacidad de Mario y Ángela de garantizar los derechos de su hijo. Las pruebas son concluyentes y se encuentran documentadas en la carpeta del historial de actuaciones enviado por el ICBF a la Corte Constitucional.

11.3.4. Un claro ejemplo del defecto fáctico en su dimensión negativa son las afirmaciones del Juzgado de Familia de Soacha sobre las decisiones de la defensora de familia de separar a Julián de sus progenitores “sin razón aparente”[124] y de impedirles “mantener contacto alguno con el niño”[125]. Estas afirmaciones pueden ser desvirtuadas con la lectura completa del expediente a la luz de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional para admitir la separación familiar.

11.3.5. Como se indicó en los antecedentes, el proceso de restablecimiento de derechos en favor de Julián fue abierto el 3 de agosto de 2017 por la defensora Neidy Marieth Góngora Medina luego de recibir un informe del Hospital de Soacha alertando sobre el caso de un niño recién nacido que ingresó enfermo debido a una “situación de maltrato por negligencia” y a que “su señora madre [Ángela] evidencia poca atención para con su hijo”[126]. A raíz de esta información, la defensora de familia envió a su equipo interdisciplinario al hospital con el fin verificar la presunta vulneración de los derechos del niño. En el informe de valoración remitido a la defensora el equipo describió la siguiente situación:

“Situación encontrada: El niño llega sin certificado de nacido vivo, pues su madre no tiene documento de identidad y no se pudo realizar el trámite al momento del nacimiento. Revisando la epicrisis se evidencia que el recién nacido ingresó por infección urinaria materna activa no tratada. Bajo peso para la edad, alto riesgo psicosocial. (...) En entrevista con la progenitora se observa que le dificulta responder las preguntas realizadas. En observación la progenitora intenta amamantar a su hijo denotando dificultad para ponerlo en el pecho, le espicha de manera fuerte los cachetes al niño para que succione, de igual manera se oprime fuertemente su seno para que salga leche; en el momento de cambiarle el pañal la señora le quita con fuerza el pantalón (requiriendo apoyo de las profesionales), le quita el pañal sin ningún cuidado, limpia la cola del bebé dejándola sucia, de igual forma le aplica una cantidad exagerada de crema. Considerando lo anterior, se denota que la señora le cuesta brindarle los cuidados básicos a su menor, poniendo en riesgo su integridad física. Por su parte, es importante denotar que el presunto progenitor llegó en estado de embriaguez”[127]

11.3.6. De acuerdo con lo expuesto, no es cierto que la defensora de familia hubiera decidido separar a Julián de su familia “sin razón aparente”. Además de estar

plenamente documentadas las razones que llevaron a la defensora a ubicar al niño en un hogar sustituto, esta decisión fue tomada de acuerdo con lo establecido en los artículos 52 y 53 de Código de la Infancia y la Adolescencia.

11.3.7. Respecto a la segunda afirmación del Juzgado de Soacha sobre la imposibilidad de los progenitores de “mantener contacto alguno con su hijo” durante el proceso de restablecimiento de derechos, es importante hacer referencia a los informes del equipo interdisciplinario sobre la asistencia de Mario y Ángela a las visitas vigiladas con su hijo en el hogar sustituto. En el expediente administrativo del proceso se detalla que “el equipo psicosocial busca empoderar y movilizar a los progenitores frente al proceso, en varias ocasiones se les solicitó asistir de forma puntual a las visitas a su hijo, toda vez que éstos no se presentan a la hora indicada y se ausentan antes de culminar la visita aduciendo que no cuentan con suficiente tiempo por su trabajo (...)”[128].

11.3.8. En los mismos informes se señala que Mario y Ángela “presentan dificultades en su relación derivadas de celos del señor [Mario], por lo que se han observado disputas entre ellos dentro de las instalaciones del instituto por lo que se les realiza llamada de atención tanto por los estilos de comunicación como por las conductas agresivas exhibidas por los dos”[129]. Así mismo, vale la pena mencionar el incidente ocurrido el 21 de diciembre de 2017 en donde Julián resultó golpeado en la cabeza durante una de las visitas como consecuencia de una agresión de Mario a Ángela.[130]

11.3.9. Como se ve, los informes del equipo interdisciplinario presentes en el expediente administrativo no solo evidencian que no es cierta la afirmación del Juzgado de Familia de Soacha, sino también que los progenitores, pese a mantener contacto con el niño durante el tiempo que estuvo ubicado en el hogar sustituto, no demostraron tener capacidades parentales para garantizar sus derechos y su desarrollo integral.

11.3.10. A juicio de la Sala, el registro de esta y otras circunstancias similares permiten afirmar que la autoridad judicial incurrió en un defecto fáctico en sentido negativo al omitir hacer una valoración integral del material probatorio recaudado durante el proceso de restablecimiento de derechos de Julián. En efecto, el Juzgado de Familia de Soacha ignoró hacer referencia en su sentencia a las evidencias antes referidas que, de haber sido consideradas, habrían cambiado su decisión de no homologar las actuaciones del proceso

de restablecimiento de derechos y ordenar el reintegro inmediato del menor de edad a su hogar.

11.3.11. En lo referente al defecto fáctico en su dimensión positiva, la Sala identificó dos valoraciones del material probatorio realizadas por el Juzgado de Familia de Soacha en las que incurre en este defecto. En primer lugar, resulta equivocado el limitado alcance probatorio que la autoridad judicial le atribuye a los informes presentados por los profesionales del equipo interdisciplinario en comparación con el alcance que le otorga al testimonio rendido por Mario y Ángela durante el trámite de homologación. En segundo lugar, el juez se equivoca al asegurar que la decisión de declarar a Julián en situación de adoptabilidad tuvo como factor determinante la situación económica de los progenitores. Estas dos conclusiones fueron construidas con base en premisas falsas, como pasa a explicarse a continuación.

11.3.12. En relación con el valor probatorio de los informes presentados por los profesionales del ICBF durante el proceso de restablecimiento de derechos, el Juzgado de Familia de Soacha incurrió en un defecto fáctico en sentido positivo al interpretar que dicha información no era válida para cuestionar la capacidad de Mario y Ángela de garantizar los derechos de su hijo. Según el juzgado, la decisión no fue homologada porque en el expediente “no obraron elementos de juicio de carácter científico que acrediten que los padres del menor tengan discapacidades mentales o físicas que les impidan detentar la custodia y cuidado personal del infante”[131]. De acuerdo con esta argumentación, los conceptos presentados por los profesionales en psicología, trabajo social y nutrición no tendrían validez dentro del proceso de restablecimiento de derechos para determinar la idoneidad parental por carecer del mencionado “carácter científico”.

11.3.13. Por su parte, el Juzgado de Familia de Soacha le otorgó plena validez a la entrevista sostenida con Mario y Ángela durante el trámite de homologación y fundó exclusivamente en ella su decisión. En efecto, en lugar de realizar una valoración integral de las pruebas obrantes en el proceso a la luz del interés superior del niño, el juez desestimó sin mayor análisis los informes presentados por el ICBF y centró su argumentación en reafirmar lo expresado por los progenitores de Julián. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“Los propios padres del menor, interrogados por el despacho, cosa que no hizo la Defensora de Familia, no admiten los cargos que ésta les endilga, y además advierten de las arbitrariedades de que han sido víctimas por parte de los funcionarios del ICBF por su condición de pobreza o marginalidad.

Fueron tan arbitrarias las decisiones de la Defensora de Familia que, bajo argumentos sin sustento probatorio científico, (...) declaró al menor en estado de adoptabilidad.”[132]

11.3.14. Para la Sala, los testimonios de Mario y Ángela no son suficientes por sí solos para acreditar que la defensora de familia actuó de manera arbitraria durante el proceso de restablecimiento de derechos. Especialmente si se tiene en cuenta que en el trámite de homologación se discute la protección definitiva de los derechos de un niño, por lo que es necesario no solo valorar los testimonios de los padres del menor de edad, sino, en general, todo el acervo probatorio con el fin de obtener una aproximación integral y objetiva a los hechos del caso.

11.3.15. De igual forma, la Sala considera que no es aceptable rechazar el contenido de los informes presentados por los profesionales del equipo interdisciplinario del ICBF bajo el argumento de que éstos no tienen carácter científico. Con este argumento, la autoridad judicial cambió la discusión sobre la idoneidad parental de Mario y Ángela por una discusión centrada en su capacidad física y mental. Lo anterior resulta de vital importancia en la medida en que el trámite de homologación fue fallado bajo la supuesta ausencia de evidencias científicas, cuando lo cierto es que tales evidencias no son necesarias para determinar si los padres tienen la capacidad y la disposición de garantizar los derechos y el desarrollo integral de su hijo.

11.3.16. Ahora bien, en relación con el interés superior del niño en su dimensión de garantía procesal aplicado al presente proceso, es importante recordar que los niños constituyen un grupo heterogéneo y cada cual tiene sus propias características y necesidades específicas. Por tanto, la evaluación de cada situación debe ser realizada por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente; como efectivamente lo son la psicóloga, la trabajadora social y la nutricionista del equipo interdisciplinario del ICBF que valoró a Julián. El concepto de estos profesionales es válido para determinar la medida definitiva que satisface el interés superior del niño en

un caso concreto. Así lo expresó el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 14:

“[E]l proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales.”[133]

11.3.17. En ese orden de ideas, la Sala debe preguntarse sobre qué tipo de pruebas hubiera necesitado el Juzgado de Familia de Soacha para advertir que Mario y Ángela no tienen la capacidad de garantizar los derechos de su hijo. Si bien es cierto que en el expediente revisado por la autoridad judicial no se incluyó ninguna valoración de “carácter científico” que pusiera en duda la salud mental de los progenitores, esta información no resultaba imprescindible para tomar una decisión definitiva en torno al restablecimiento de los derechos de Julián. Respecto a ello, es importante recordar el contenido del último inciso del artículo 79 del Código de la Infancia y la Adolescencia: “Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial”.

11.3.18. En la carpeta administrativa de restablecimiento de derechos reposan diferentes conceptos emitidos por parte de los profesionales del equipo interdisciplinario donde afirman que Mario y Ángela no tienen la capacidad parental ni viven en un entorno adecuado para garantizar el cuidado y la protección de sus hijos. Al respecto, se destaca el informe elaborado por la trabajadora social luego de una visita a la vivienda familiar donde concluyó lo siguiente:

“Los progenitores no cuentan con las condiciones habitacionales ni de corresponsabilidad para asumir correctivos que les permitan garantizar el bienestar y la protección de [Julián], por lo cual se conceptúa desde el área de trabajo social que no es viable el reintegro a medio familiar de origen y no se cuenta con reporte de red familiar extensa que se vincule en el trámite”[134]

En el mismo sentido, es ilustrativo el informe presentado por la psicóloga luego de un

seguimiento de 10 meses al caso:

“Por su parte, durante el PARD a favor de [Julián] la familia biológica no ha demostrado ni ha sido garante de derechos hacia el niño ni ha realizado ningún tipo de ajuste en beneficio de la garantía de sus derechos. No posee una red de apoyo familiar, sus progenitores son ausentes, abandonicos. Teniendo en cuenta la historia en medio familiar se evidenció riesgo en su estado de salud. Por lo anteriormente mencionado y teniendo en cuenta la propia evolución del caso en mención se recomienda, respetuosamente, declarar en situación de adoptabilidad al niño [Julián], en aras de restablecer y garantizar de esta manera sus derechos”[135]

En este punto, también cabe recordar el informe presentado por la trabajadora social en respuesta a la pregunta formulada por la defensora de familia sobre la viabilidad de declarar a Julián en situación de adoptabilidad:

“Con todo lo anterior, desde el área de Trabajo Social se considera que no es viable el reintegro a medio familiar de origen ni extenso del NNA [Julián], por lo cual es pertinente continuar con el trámite administrativo (...) brindándole la posibilidad de ser vinculado a un medio familiar protector, garante de sus derechos y amoroso, aspecto que necesariamente le requiere al despacho competente iniciar declaratoria de adoptabilidad. Esto teniendo en cuenta la prevalencia en la garantía de los derechos de los NNA, así como el interés superior que le debe ser garantizado en su condición actual de vulnerabilidad.”[136]

11.3.19. Por último, es importante hacer referencia a las valoraciones psicológicas realizadas a Mario y Ángela el 25 de octubre de 2018. En ellas, el psicólogo del Centro Zonal Revivir del ICBF afirmó lo siguiente sobre Ángela:

En relación con Mario, el psicólogo identificó la existencia de una tendencia a ajustar la veracidad de sus afirmaciones buscando ocultar, por un lado, los conflictos en su relación con Ángela y, por otro lado, su responsabilidad en la hospitalización de Julián debido a las malas condiciones de higiene de su hogar.

11.3.20. La Sala advierte que, si bien esta información no fue conocida por el Juzgado de Familia de Soacha por haber sido incorporada posteriormente al proceso de restablecimiento de derechos, su contenido resulta fundamental en tanto revela que los dos

progenitores han buscado ocultar la existencia de episodios de violencia intrafamiliar en su hogar. Así mismo, deja entrever que Mario y Ángela no reconocen que la paternidad implica responsabilidades y obligaciones especiales respecto de los hijos, en especial cuando éstos se encuentran en la etapa de la primera infancia.

11.3.21. En segundo lugar, en lo referente a la supuesta discriminación de Mario y Ángela por parte del ICBF debido a su situación económica, la Sala debe destacar que en los conceptos presentados por el equipo interdisciplinario la capacidad económica de los progenitores no es mencionada como uno de los factores determinantes para sugerir la declaratoria de adoptabilidad de Julián. En efecto, fueron razones relacionadas con la salud, el riesgo a la integridad personal, el ambiente del hogar y la necesidad de asegurar el desarrollo integral del niño las que llevaron a la defensora de familia al convencimiento de que Mario y Ángela no tenían la intención de garantizar sus derechos de manera integral.

11.3.22. Es de anotar que la salud de Julián se vio afectada en las dos ocasiones que estuvo bajo el cuidado de sus padres, e incluso en la segunda ocasión adquirió una infección de tipo bacteriano en el transcurso de tan solo 6 días. De igual forma, se destaca la poca disposición que demostraron Mario y Ángela para aceptar las sugerencias formuladas por los funcionarios del ICBF sobre sus hábitos de aseo y las condiciones insalubres de la vivienda.

11.3.23. De acuerdo con lo anterior, para la Sala no cabe duda que el Juzgado de Familia de Soacha incurrió en un defecto fáctico en sentido positivo al desestimar el material probatorio recaudado durante el proceso de restablecimiento de derechos por no ser “científico”, así como por afirmar sin sustento probatorio que la declaratoria de adoptabilidad de Julián obedeció exclusivamente a la condición económica de sus padres.

11.3.24. En definitiva, durante el análisis de la sentencia cuestionada se hizo patente la existencia de varios defectos en la valoración del material probatorio que determinaron su sentido, e incluso llevaron al juez a ordenar el reintegro inmediato del menor de edad a su hogar. Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia del 11 de julio de 2018, proferida por el Juzgado de Familia de Soacha, mediante la cual no se homologó la decisión de declarar a Julián en situación de adoptabilidad y, en su lugar, pasará a

homologar dicha decisión como medida final y definitiva de restablecimiento de derechos.

11.3.25. Así mismo, es importante mencionar que durante las actuaciones surtidas en sede de revisión se pudo comprobar que además de Julián también existe otra menor de edad hija de los mismos progenitores. Esta niña, identificada por esta Sala con el nombre de Samanta para efectos de proteger su identidad, nació un mes después de que la defensora de familia interpusiera la acción de tutela contra el Juzgado de Familia de Soacha y, por tanto, no fue incluida junto con su hermano en la solicitud de amparo.

11.3.26. El caso de Samanta fue puesto en conocimiento del Centro Zonal de Soacha del ICBF el 28 de agosto de 2018 por una trabajadora social del Hospital El Tunal. El 07 de septiembre de 2018, luego de verificar que la menor de edad no contaba con el acompañamiento de sus progenitores para autorizar la salida del hospital, la defensora de familia Ángela Galindo Gutiérrez abrió a su favor un proceso de restablecimiento de derechos y ordenó su ubicación en un hogar especial de protección junto con Julián. De esta manera, los dos hermanos fueron llevados a la Fundación Casa de la Madre y el Niño y sus respectivos procesos fueron remitidos por competencia al defensor de familia del Centro Zonal Revivir en Bogotá.

11.3.27. Ahora bien, debido a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra Samanta, así como por la constatación de que su caso comparte circunstancias de vulneración similares a las de su hermano, esta Sala de Revisión ordenará al ICBF que determine, en un término perentorio, la medida final y definitiva para el restablecimiento de sus derechos. Lo anterior, en atención a lo establecido en los incisos tercero y cuarto de artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia, modificado por la Ley 1878 de 2018, los cuales señalan lo siguiente:

“En los procesos donde se declare en situación de vulneración de derechos a los niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa deberá hacer seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, término en el cual determinará si procede [i] el cierre del proceso cuando el niño, niña o adolescente esté ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos; [ii] el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la

familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o [iii] la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

En los casos excepcionales que la autoridad administrativa considere que debe superarse el término de seguimiento, deberá prorrogarlo mediante resolución motivada por un término que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento del término de seguimiento inicial. La prórroga deberá notificarse por Estado.

11.3.28. En ese sentido, si se tiene en cuenta que el proceso de restablecimiento de derechos en favor de Samanta fue abierto en septiembre de 2018, el término establecido por la ley para definir su situación socio jurídica vence en septiembre de 2019.

11.3.29. En relación con la intervención de procurador 61 judicial II de familia de la Procuraduría General de la Nación, la Sala debe responder que de las actuaciones adelantadas durante el proceso de restablecimiento de derechos en favor de Julián y Samanta se desprende con claridad que los progenitores no demostraron tener ni la capacidad ni el interés para garantizar los derechos de sus hijos y asegurar su desarrollo integral. Los funcionarios del ICBF, tanto del Centro Zonal de Soacha como del Centro Zonal Revivir, conceptuaron en varias oportunidades acerca de la falta de idoneidad parental de Mario y Ángela. En esos conceptos, la condición socioeconómica de los progenitores no fue considerada como un factor de riesgo; por el contrario, su falta de disposición al momento de integrar cambios elementales en el entorno familiar o el poco interés que demostraron durante las visitas vigiladas fueron los factores que finalmente determinaron la decisión de la defensora de familia.

11.3.30. Comoquiera que durante el proceso de revisión se evidenció la posible vulneración de los derechos fundamentales de Ángela, la Sala solicitará a la Comisaría Tercera de Familia de Soacha que, en el marco de sus competencias, realice un seguimiento específico a su caso con el fin de verificar su situación, protegerla y prevenir cualquier vulneración futura relacionada con la comisión del delito de violencia intrafamiliar por parte de Mario. De igual forma, la Sala solicitará a Comparta E.P.S. – S que garantice la prestación de los servicios médicos que requiera Ángela para recuperar su salud física y

mental.

11.3.31. Por último, la Sala solicitará a la Personería Municipal de Soacha que, en el marco de sus competencias, apoye a Mario y a Ángela a mejorar las condiciones habitacionales del inmueble en el que viven. En el marco de esta solicitud, la Personería los ayudará a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para que su vivienda tenga acceso a los servicios de acueducto y alcantarillado.

III. 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 el 26 de julio de 2018 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela interpuesta por la defensora de familia Neidy Marieth Góngora, del Centro Zonal de Soacha del ICBF, en representación de Julián, en contra de la sentencia proferida el 11 de julio de 2018 por el Juzgado de Familia de Soacha. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida, a la integridad personal, a la salud, al desarrollo integral de la primera infancia y al amparo contra el abandono físico, emocional y psicoactivo de Julián y Samanta.

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 11 de julio de 2018 por el Juzgado de Familia de Soacha en donde no se homologó la decisión de declarar a Julián en situación de adoptabilidad por no aplicar el principio de interés superior del niño y por incurrir en una vulneración al debido proceso por defecto fáctico. En su lugar, DECLARAR a Julián en situación de adoptabilidad.

TERCERO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en el término perentorio establecido por el artículo 6° de Ley 1878 de 2018, el cual modificó el artículo 103 del Código de Infancia y de la Adolescencia, tome una decisión definitiva en el proceso de restablecimiento de derechos de Samanta. Una vez tomada la decisión, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá enviar copia de la misma a la Corte

Constitucional.

CUARTO. En caso de que Samanta sea declarada en situación de adoptabilidad, ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que preserve el vínculo familiar que la une con Julián y asegure que los dos hermanos sean adoptados conjuntamente.

QUINTO. ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que garantice la protección, custodia y cuidado personal de Julián y Samanta en la Fundación Casa de la Madre y el Niño o en otra institución especializada en adopción con características similares.

SEXTO. REMITIR copia de la presente providencia a la Comisaría Tercera de Familia de Soacha y a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de sus competencias, realicen un seguimiento específico al caso de Ángela con el fin de verificar su situación, protegerla y prevenir cualquier vulneración futura relacionada con la comisión del delito de violencia intrafamiliar por parte de Mario.

SÉPTIMO. EXHORTAR a Comparta E.P.S. – S que garantice a Ángela, si así lo requiere, la prestación de los servicios médicos que sean necesarios para que recupere y preserve su salud física y mental.

OCTAVO. EXHORTAR a la Personería Municipal de Soacha que ayude, en el marco de sus competencias, a Mario y a Ángela a mejorar las condiciones habitacionales del inmueble en el que viven. En el marco de esta solicitud, la Personería los ayudará a realizar las gestiones administrativas que sean necesarias para que su vivienda tenga acceso a los servicios de acueducto y alcantarillado.

DÉCIMO. DEVOLVER al defensor de familia del Centro Zonal Revivir del ICBF el expediente administrativo correspondiente al proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de Julián y Samanta, el cual fue enviado a esta Corporación en calidad de préstamo.

DECIMOPRIMERO. LIBRAR las comunicaciones correspondientes por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-210/19

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Decisión resulta desproporcionada por cuanto ni la pobreza extrema, ni la ignorancia pueden ser argumentos válidos para desconocer el derecho (salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN FAVOR DE MENOR DE EDAD-Corte prejuzga el proceso de restablecimiento de derechos pendiente de resolución y desconoce principio de dignidad humana de personas que pueden mejorar, crecer y progresar (salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-6.985.494

Acción de tutela interpuesta por la defensora de familia del Centro Zonal de Soacha del ICBF, en representación de Julián, contra la providencia del 11 de julio de 2018 proferida por el Juzgado de Familia de Soacha – Cundinamarca.

NI LA POBREZA EXTREMA, NI LA IGNORANCIA, PUEDEN SER ARGUMENTOS VÁLIDOS PARA DESCONOCER EL DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

Tomo distancia de la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión en esta oportunidad, en la que, lamentablemente, la aguda pobreza y la profunda ignorancia de los padres se camuflaron entre los argumentos que sirvieron para convalidar una decisión desproporcionada que priva a un niño de su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

Desde mi punto de vista, la sentencia castiga con extrema severidad las precarias condiciones económicas y culturales de los padres al aprobar la determinación de declarar en situación de adoptabilidad al menor Julián. Para sustentar lo anterior, abordaré dos argumentos. En un primer momento, me referiré a los problemas de la valoración probatoria realizada tanto por el Centro Zonal de Soacha como por la Sala de Revisión; y, en segundo lugar, dedicaré algunas consideraciones en torno al caso Samanta.

a. Sobre la valoración probatoria del caso concreto

A partir de la evidencia probatoria que se recopiló en el trámite del procedimiento de restablecimiento de derechos –PARD– la Sala concluyó que el menor estuvo en lamentables condiciones de salud, que los padres no demuestran un interés por brindar una protección integral y que las condiciones de habitabilidad del hogar no son óptimas en relación con el bienestar del menor.

Aun cuando se identificó en el niño una especie de infección cuyo origen no logró determinarse del todo, la situación fue apresuradamente calificada como “maltrato por negligencia”, y a la vez se reprochó que los padres no contaban con los conocimientos

mínimos para garantizar sus cuidados, pues, entre otras cosas, la madre no sabía alimentar al bebé ni cambiarle los pañales apropiadamente.

No se puede negar que se trata de eventos infortunados, pero la decisión adoptada por la mayoría de la Sala no cumple con el principio de proporcionalidad, pues resulta excesivo calificar la enfermedad del menor como un “maltrato por negligencia” cuando se evidencia que fue la misma madre quien llevó al pequeño al hospital para su rápida atención –inclusive, ella misma fue hospitalizada en más de una ocasión simultáneamente con sus hijos–, y el hecho de que por su escaso nivel de instrucción carezcan de entrenamiento sobre el cuidado a infantes no significa que deliberadamente quisieran perjudicar a su hijo o que fueran indiferentes frente a él.

Otro tanto ocurre con la conclusión de que no existe interés de los progenitores, la que, además de inexacta, parcializa la realidad, pues pasa por alto que, si algunas veces los padres incumplieron los horarios de visitas o las citas programadas, fue debido a que su trabajo no se los permitió. Sus condiciones de vida son tan precarias y sus jornadas laborales tan extenuantes a tal punto, que ajustarse estrictamente a las exigencias del Bienestar Familiar podría haberles costado la posibilidad de acceder a los víveres básicos que reciben de su empleador e inclusive sus vínculos laborales, que son su única forma de subsistencia.

Igualmente, se pretendió mostrar el desdén de los padres con base en que el 3 de diciembre de 2018 la trabajadora social de la Casa de la Madre y el Niño sostuvo que los menores de edad solo habían sido visitados por sus padres dos veces. Debí tenerse en cuenta, sin embargo, que fue sólo hasta el 25 de octubre de 2018 que se autorizaron las visitas, tras la valoración psicológica que se les practicó a ambos progenitores.

También en el PARD y en la sentencia se les reprochó duramente a los padres que se presentaran en malas condiciones de aseo personal a las citaciones del ICBF, pero en ese juzgamiento se olvidó que su propia pobreza no es un factor que pueda enrostrárseles, y que si tal vez llegaban en regulares condiciones de higiene a las visitas es porque no tienen servicios públicos en su vivienda y cocinan con leña. Asimismo, al examinar las condiciones de habitabilidad del sitio donde reside el núcleo familiar del menor, se constató que viven en condiciones desfavorables y, por tanto, se dedujo que a los padres no les interesa

establecerse en un lugar apto para el niño.

En esa misma línea, la sentencia objeto de este salvamento de voto realiza un análisis parcializado de la valoración psicosocial efectuada a los padres el 25 de octubre de 2018, pues si bien en los informes psicológicos se consignó que en los citados se identificaron factores inadecuados para recibir la custodia en ese momento, seguidamente se indicó que se les debía integrar al proceso de restablecimiento de derechos con el fin de que afianzaran su rol parental a través de estrategias terapéuticas, lo cual evidencia que allí no se descartó la posibilidad de que con el debido acompañamiento y orientación pudieran superar aquellas falencias para lograr convertirse en garantes del bienestar de sus hijos. Además, en los citados informes la trabajadora social sugirió seguir indagando por familia extensa.

La Sala concluyó que la entidad satisfizo esta exigencia legal con la llamada a la abuela del menor. Sin embargo, existen pruebas en el plenario que dan cuenta de que existen otros parientes de la progenitora que también podían haber sido contactados o, inclusive, que expresaron la intención de hacerse cargo del menor. El PARD y la Corte Constitucional hicieron caso omiso de estas alternativas, cuya verificación no era potestativa sino un imperativo legal, y en cambio optaron por la decisión más aciaga: declarar a Julián en situación de adoptabilidad.

La mayoría de la Sala hace un esfuerzo argumentativo por sostener que su decisión no obedece a razones económicas; sin embargo, visto lo anterior, ello es discutible. La evaluación incompleta y la tergiversación de las pruebas conlleva confundir la dificultad de tener unas condiciones deseables en el núcleo familiar con el castigo a la pobreza y a la ignorancia de estas personas. En efecto, el señalamiento hacia los padres como unos sujetos que no tienen un sentido concreto por la paternidad y la maternidad, los cuestionamientos sobre el afecto hacia sus hijos a partir de hechos como no estar “debidamente presentados” ante las autoridades estatales o no mostrar mejoría en las condiciones habitacionales de su entorno, son argumentos que, primero, introducen prejuicios sobre la naturaleza humana en clave de las condiciones materiales de existencia –el papel de ser padres pobres bajo un modelo idealizado de familia– y, por esa vía, valoran las dificultades de la familia como una falta de responsabilidad y no como lo que es, una ausencia del Estado para garantizar la unión familiar. En otras palabras, en el caso

concreto, las autoridades únicamente entran en escena con la finalidad de censurar una falta de garantías para los menores, pero no se movilizan para brindar una protección integral al núcleo familiar, aunque esa es su misión.

En definitiva, debió tenerse en cuenta que los padres, a lo largo de todo el proceso, manifestaron su intención de tener a su hijo y su disposición para mejorar e ir acondicionando su hogar –de acuerdo con sus posibilidades–, con el fin de ofrecer bienestar al menor. La Corte juzgó a los padres porque supuestamente no estaban realmente interesados en modificar su estilo de vida en beneficio del pequeño, pero acaso olvidó que en la cruda realidad de esta familia –como de muchas– sobreponerse a la pobreza y superar las circunstancias de indignidad no es un asunto librado a su voluntad. Es justamente en esos eventos críticos cuando la acción efectiva del Estado es requerida, pero para brindar orientación y apoyo para contribuir al fortalecimiento de la familia, no para desintegrarla.

b. El caso de Samanta

La Sala Séptima de Revisión advirtió en el curso del proceso que la pareja tiene una hija recién nacida y en la sentencia se argumenta que la menor se encuentra en similares condiciones de vulnerabilidad a las de Julián. Considero que dicha apreciación no está basada en suficientes elementos de juicio y, además de ello, parece anticipar la declaración de situación de adoptabilidad de la pequeña.

En efecto, al valorarse de manera similar las situaciones de ambos menores, en el procedimiento administrativo que se realice para determinar la situación de vulnerabilidad de la menor Samanta, bastará con que las autoridades administrativas esgriman que los padres se encuentran en una aparente “incapacidad” y una falta de idoneidad para cuidar a su hija, para que esta pueda ser sometida de un proceso de adopción.

En ese sentido, la Corte Constitucional no sólo prejuzga sobre el resultado del proceso de restablecimiento de derechos que aún está pendiente de resolución, sino que desconoce el principio la dignidad humana, que lleva implícito el reconocimiento de que las personas pueden mejorar, crecer y progresar: de acuerdo con la Corte, Mario y Ángela están condenados a la pobreza y a la ignorancia, y jamás serán idóneos para ser padres.

Esta disidencia lleva el respeto que profeso por las decisiones adoptadas por la Sala

Séptima de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

[1] La Sala de Selección No. Diez de 2018 fue integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Antonio José Lizarazo Ocampo. En el numeral cuarto de esa providencia judicial, se indicó que la selección para revisión del expediente de la referencia fue motivada por el criterio subjetivo denominado urgencia de proteger un derecho fundamental, el cual se encuentra consagrado en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015 – Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

[2] Cuaderno principal del expediente, folio 4.

[3] Cuaderno de revisión del expediente, folio 38.

[4] Cuaderno de revisión del expediente, folios 31 – 37.

[5] La ubicación en hogar sustituto es una de las medidas que puede adoptar la autoridad competente para restablecer los derechos vulnerados. Se encuentra consagrada en el artículo 59 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y consiste en “la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen”.

[6] Los progenitores de Julián fueron notificados personalmente el mismo 03 de agosto de 2017 sobre la decisión de dar apertura al PARD y ubicar al niño en un hogar sustituto. Cuaderno de revisión del expediente, folio 48.

[7] Cuaderno de revisión del expediente, folios 70 (reverso) y 71.

[8] Cuaderno de revisión del expediente, folio 78.

[9] Cuaderno de revisión del expediente, folios 87 y 88.

[10] Cuaderno de revisión del expediente, folio 89.

[11] Cuaderno de revisión del expediente, folio 89 (reverso).

[12] Cuaderno de revisión del expediente, folio 95.

[13] Cuaderno de revisión del expediente, folio 123.

[14] Julián fue visitado en diferentes ocasiones durante el tiempo que estuvo ubicado en el hogar sustituto. En informes con fechas del 03 de octubre de 2017, 18 de diciembre de 2017 y 02 de mayo de 2018, la psicóloga destacó que en cada visita había encontrado al niño en buenas condiciones de higiene y aseo personal, en buen estado de salud y, al interactuar con él, observó que sus respuestas daban cuenta de un desarrollo social y psicomotriz adecuado. Adicionalmente, subrayó de manera positiva el vínculo formado entre el niño y la madre sustituta: “Se evidencia un vínculo entre la madre sustituta y el niño, incluso Julián expresa por medio de sus gestos y corporalidad su interés por que su cuidadora lo alce y sigue su figura de manera visual y auditiva”. Cuaderno de revisión del expediente, folio 91. Informes en el mismo sentido en los folios 110 y 116 del cuaderno de revisión del expediente.

[15] Cuaderno de revisión del expediente, folios 132 (reverso) y 133.

[16] Cuaderno de revisión del expediente, folio 142.

[17] Cuaderno de revisión del expediente, folio 160.

[18] El Código de la Infancia y la Adolescencia dispone en sus artículos 107, 108 y 119 que cuando se declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, habiendo existido oposición en la actuación administrativa, el defensor de familia debe remitir el expediente al juez de familia para que se pronuncie en única instancia sobre su homologación. De esta manera, de acuerdo con la Resolución 1562 de 2016 del ICBF, el trámite de homologación es un “control de legalidad de las decisiones adoptadas por parte de las autoridades administrativas, en virtud del cual le corresponde al Juez de Familia en única instancia realizar un control tanto de forma, respecto del procedimiento llevado a cabo en la actuación administrativa, como de fondo, en cuanto se extiende a establecer si la medida adoptada atendió el interés superior del niño, niña o adolescente”.

[19] Cuaderno de revisión del expediente, folio 174.

[20] Cuaderno de revisión del expediente, folio 174.

[22] Cuaderno de revisión del expediente, folio 176 (reverso).

[23] Cuaderno principal del expediente, folios 18 y 19.

[24] Cuaderno principal del expediente, folio 77.

[25] Cuaderno principal del expediente, folio 76.

[26] Cuaderno principal del expediente, folio 78.

[27] Cuaderno principal del expediente, folio 86.

[28] Cuaderno principal del expediente, folio 88.

[29] En el auto del 27 de noviembre de 2018 se resolvió lo siguiente: “PRIMERO. DECRETAR COMO MEDIDA PROVISIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS la suspensión de los efectos de la sentencia proferida el 11 de julio de 2018 por el Juzgado de Familia de Soacha, donde se decidió no homologar la decisión administrativa de la defensora de familia del Centro Zonal Soacha del ICBF, emitida el 28 de mayo de 2018, en el marco del proceso de restablecimiento de derechos del menor Julián. En consecuencia, ORDENAR al Centro Zonal de Soacha del Instituto Nacional de Bienestar Familiar que asuma de manera inmediata la protección, custodia y cuidado personal del menor Julián. // SEGUNDO. ORDENAR al Centro Zonal de Soacha del Instituto Nacional de Bienestar Familiar permitir a los progenitores de Julián mantener contacto frecuente con el menor durante el tiempo que permanezca bajo su cuidado. // TERCERO. ORDENAR al Centro Zonal de Soacha del Instituto Nacional de Bienestar Familiar que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, envíe la siguiente información: (i) copia de todas las actuaciones que haya adelantado hasta la fecha relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de Julián; (ii) informe actualizado sobre los hechos descritos en la acción de tutela en lo referente a la condición de salud actual de Julián y la existencia de otros infantes de su núcleo familiar cuyos derechos fundamentales puedan estar siendo vulnerados; (iii) constancia de que la medida provisional de protección de derechos

fundamentales ordenada en el numeral primero de este auto fue efectivamente cumplida. //

CUARTO. ORDENAR al Juzgado de Familia de Soacha copia física de la sentencia del 11 de julio de 2018 donde decidió no homologar la declaratoria de adoptabilidad proferida el 28 de mayo de 2018 por la defensora de familia del Centro Zonal Soacha del ICBF, dentro del proceso de restablecimiento de derechos de Julián. //

QUINTO. Una vez se hayan recolectado las pruebas dispuestas en el presente auto, se dispone PONERLAS A DISPOSICIÓN de las partes y terceros con interés por un término de dos (2) días, por medio de Secretaría General, para que se pronuncien en relación con las mismas. Lo anterior en cumplimiento de lo consagrado en el inciso primero del artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional”.

[30] Cuaderno de revisión del expediente, folios 28 y 29.

[31] En el expediente se encuentra incluida la epicrisis de Julián, donde se indica que su madre Ángela lo llevó a urgencias debido a un brote que le salió en la cara a los 3 días de tenerlo en su hogar, el cual luego se extendió a brazos y piernas. Se incluyen fotos que evidencian la situación médica del niño en el momento en que intervino nuevamente el ICBF. Cuaderno de revisión del expediente, folios 221 - 234.

[32] Ibídem.

[33] Cuaderno de revisión del expediente, CD 1.

[34] La Casa de la Madre y el Niño es una institución privada, sin ánimo de lucro, a la que el ICBF le otorgó licencia de funcionamiento para apoyar su gestión y desarrollar la modalidad de internado de niños, niñas y adolescentes con derechos amenazados, inobservados o vulnerados.

[35] Con el fin de proteger los derechos fundamentales a la identidad, buen nombre y honra de la hermana menor de Julián, en adelante se hará referencia a ella con el nombre de Samanta.

[36] Cuaderno de revisión del expediente, folios 256 y 265.

[37] Cuaderno de revisión del expediente, folios 261 (reverso).

[38] Cuaderno de revisión del expediente, folio 240.

[39] Cuaderno de revisión del expediente, folio 280 (reverso).

[40] En el auto del 22 de enero de 2019 se resolvió lo siguiente: “PRIMERO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, realice una valoración psicológica a Ángela con el fin de determinar: (i) su condición actual de salud mental, (ii) su capacidad emocional para asumir las responsabilidades que conlleva ejercer la maternidad y (iii) su grado de competencias en el cuidado y la crianza de un niño pequeño. // SEGUNDO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR a Comparta E.P.S. – S poner a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en caso de que así lo requiera, los servicios de sus profesionales en psicología para el efectivo cumplimiento del numeral anterior. //TERCERO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR a Comparta E.P.S. – S que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, informe sobre los servicios de salud que han sido autorizados y prestados a Ángela desde enero de 2017 hasta enero de 2019. // CUARTO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ORDENAR a la Comisaría Tercera de Familia de Soacha que intervenga, vigile y proteja los derechos de Ángela como presunta víctima del delito de violencia intrafamiliar, y prevenga cualquier vulneración futura. // QUINTO. Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, VINCULAR al proceso de la referencia a Mario y Ángela a fin de preservar su derecho fundamental a la defensa. Para lo anterior, se les enviará copia del expediente”.

[41] En el historial de actuaciones remitido por el ICBF se destaca la ausencia de una valoración psicológica a Ángela.

[42] Cuaderno de revisión del expediente, folio 325 (reverso) y 356.

[44] Cuaderno de revisión del expediente, folio 354.

[45] Ibídem.

[46] Cuaderno de revisión del expediente, folio 351 (reverso).

[47] La legitimación por activa y por pasiva de las partes ha sido estudiada por la Corte Constitucional en aquellos casos en los que algunos de los intervinientes o los jueces de instancia han señalado que tales presupuestos no se encuentran satisfechos en el caso concreto. Ver, entre otras, las sentencias T-293 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y T-482 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[48] En efecto, cuando se trata de agenciar los derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes es necesario que “se flexibilicen las reglas sobre agencia oficiosa, ya que se trata de sujetos de especial protección constitucional, respecto de los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar la prevalencia de sus derechos. Por tal razón, se indica que la garantía de los derechos de este grupo es corresponsabilidad de todos”. Corte Constitucional, sentencia T-512 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz.

[49] Decreto 2591 de 1991, art. 13.

[50] El contenido de este acápite fue desarrollado de acuerdo con lo expuesto por la magistrada ponente en las sentencias T-214 de 2018 y T-275 de 2018. De igual forma, fueron de vital importancia los análisis sobre el desarrollo de la tutela contra providencias judiciales realizados por Catalina Botero Marino, en su artículo: La acción de tutela contra providencias judiciales, en: Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre L. (Directores), Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para la discusión, Universidad Externado de Colombia, 2007; y Manuel Fernando Quinche Ramírez en su libro La acción de Tutela, Editorial Temis, 2017.

[51] Por “autoridades públicas” deben entenderse “todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares. Los jueces son autoridad pública, puesto que ejercen jurisdicción, es decir, administran justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución y de la Ley”. Corte Constitucional, sentencia T-501 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[52] Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[53] Al respecto dijo la Corte: “Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les

corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales (...). Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela (...)”. Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[54] Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[55] En estos casos, la Corte reconoció la necesidad de “recuperar la legitimidad del ordenamiento jurídico existente y, en consecuencia, propender por la protección de los derechos que resulten conculcados”. Corte Constitucional, sentencia T-960 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[56] En ese sentido, la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, “parte del equilibrio adecuado que debe existir, entre el respeto a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía judicial, por un lado, y la prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales, por el otro, para disponer sobre su protección, cuando éstos han resultado ilegítimamente afectados con una decisión judicial”. Corte Constitucional sentencia T-217 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[57] Corte Constitucional, sentencia T-774 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[58] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[59] *Ibídem*.

[60] En efecto, la Ley 1098 de 2006 expresamente establece lo siguiente: “Artículo 119. Competencia del Juez de Familia en Única Instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: 1. La

homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. (...).”.

[61] Corte Constitucional, sentencia T-285 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[62] Cuaderno principal del expediente, folio 4.

[63] Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[64] Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, que estableció que el defecto fáctico se presenta ante errores en el juicio valorativo ostensibles, flagrantes y manifiestos, capaces de incidir en la decisión. Tal interpretación fue acogida en sentencias posteriores como la T-086 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la T-355 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y la T-146 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

[65] Corte Constitucional, sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[66] Corte Constitucional, sentencia T-102 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

[67] Una explicación detallada de las dos dimensiones del defecto fáctico (negativa y positiva) y las diferentes modalidades que lo configuran puede encontrarse en las siguientes sentencias: T-385 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; SU-355 de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería; SU-448 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub;

[68] Esta última modalidad implica una equivocación del juzgador “(i) al fijar el contenido de la prueba, porque la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica y hace que produzca efectos que objetivamente no se establecen de ella; o (ii) porque al momento de otorgarle mérito persuasivo a una prueba, el juez se aparta de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, no aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria”. Corte Constitucional, sentencia T-512 de 2017, M.P. Gloria Ortiz.

[69] Corte Constitucional, sentencia T-781- de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

[70] Corte Constitucional, sentencia SU004 de 2018, José Fernando Reyes.

[71] Corte Constitucional, sentencia T-261 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[72] Corte Constitucional, sentencia C-262 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio. En el mismo sentido las sentencias: T-260 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-569 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-587 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-259 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y T-384 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, entre muchas otras.

[73] Este cambio de concepción fue identificado por esta Corporación desde sus primeros pronunciamientos: “El denominado ‘interés superior’ es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado ‘menos que los demás’ y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica era prácticamente inexistente o muy reducida. Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista -que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.” Corte Constitucional, sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes.

[74] Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia el 22 de enero de 1991 mediante la Ley 12 del mismo año.

[75] *Ibíd.*

[76] Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 (2013), “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial

(artículo 3, párrafo 1)”. Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) se estableció el 27 de febrero de 1991 en cumplimiento de lo señalado en el artículo 43 de la Convención de los Derechos del Niño. Su función es la de interpretar el contenido y supervisar la adecuada aplicación de la Convención por parte de los Estados que la ratificaron.

[77] Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 (2013), “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, párrafo 6.

[78] *Ibídem*, párrafo 4.

[79] *Ibídem*.

[80] *Ibídem*.

[81] En ese sentido, esta Corporación ha expresado: “De acuerdo con la jurisprudencia, el interés superior del menor no es un concepto vacío que sirva de base para tomar decisiones arbitrarias. Una de las características de este principio es su carácter relacional, de tal modo que en caso de conflicto de derechos en los que esté involucrado un menor, debe prevalecer el derecho de este último. Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[82] Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 (2013), “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, párrafo 94.

[83] Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[84] Corte Constitucional, sentencia SU-677 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz.

[85] Estos criterios han sido ampliamente aceptados y reiterados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Las siguientes sentencias han aplicado expresamente estos criterios: T-512 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz; T-587 de 2017; Alberto Rojas Ríos; T-259 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y T.384 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[86] Ley 1098 de 2006, artículo 52.

[88] La lógica de graduación de las medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes ha sido desarrollada por la Corte Constitucional en las sentencias: T-276 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-675 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza y T-204A de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo.

[89] Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[90] Corte Constitucional, sentencia T-887 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

[91] Corte Constitucional, sentencia T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[92] Corte Constitucional, sentencia T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[93] En la exposición de motivos de la Ley 1878 de 2018 también se señaló que en la práctica del proceso de restablecimiento de derechos “se ha evidenciado que no existe una interpretación y criterio unificado entre las autoridades administrativas y judiciales frente a algunos aspectos del debido proceso, toda vez que existen vacíos jurídicos que llevan a interpretaciones normativas que afectan el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y adolescentes (negrilla en el texto original)”. Gaceta del Congreso de la República No. 211 de 2017. Proyecto de Ley 225 de 2017, Senado, pp. 16 y 17.

[94] Gaceta del Congreso de la República No. 211 de 2017. Proyecto de Ley 225 de 2017, Senado, p. 17 y Dirección de Planeación y Control de Gestión del ICBF, consultado el 12 de marzo de 2019 en:
<https://www.icbf.gov.co/bienestar/observatorio-bienestar-ninez/tablero-pard>.

[95] Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

[96] Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[97] Corte Constitucional, sentencia T-024 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta.

[98] Corte Constitucional, sentencia T-663 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

[99] Corte Constitucional, sentencia T-528 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

[100] Corte Constitucional, sentencia T-384 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[101] Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[102] Corte Constitucional, sentencia T-730 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[103] En ese sentido esta Corporación ha sostenido que, “[D]esde la faceta prestacional del derecho a la unidad familiar, el Estado se encuentra constitucionalmente obligado a diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

[104] Corte Constitucional, sentencia T-887 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En el mismo sentido la sentencia T-502 de 2011 enfatizó lo siguiente: “Por su parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación, sino que, por el contrario, debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas.”. Estas mismas consideraciones fueron ampliamente desarrolladas, a su vez, en la sentencia T-510 del 19 de junio de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[105] Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[106] Corte Constitucional, sentencia T-587 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[107] Resolución 1562 de 2016, “por la cual se aprueba el Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para el Restablecimiento de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes con sus Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados”.

[108] Corte Constitucional, sentencia T-730 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[109] Cuaderno de revisión del expediente, folio 129 (reverso).

[110] Cuaderno de revisión del expediente, folio 222 (reverso).

[111] Cuaderno de revisión del expediente, folio 222 (reverso).

[112] En el expediente se encuentra incluida la epicrisis de Julián, donde se indica que su madre Ángela lo llevó a urgencias debido a un brote que le salió en la cara a los 6 días de tenerlo en su hogar, el cual luego se extendió a brazos y piernas. Se incluyen fotos que evidencian la situación médica del niño en el momento en que intervino nuevamente el ICBF. Cuaderno de revisión del expediente, folios 221 - 234.

Cuaderno de revisión del expediente, folio 194 (reverso).

[113] Cuaderno de revisión del expediente, CD 1.

[114] Cuaderno de revisión del expediente, folio 329 (reverso).

[115] Corte Constitucional, sentencia T-763 de 2011, M.P. María Victoria Calle. Ver, entre otras, las sentencias T-953 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-1004 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-107 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En estas sentencias se reconoce la protección especial que requiere el derecho a la salud de los menores de un año de edad, dada la inmadurez física y mental del recién nacido y su especial vulnerabilidad.

[116] Cuaderno de revisión del expediente, folio 129.

[117] Corte Constitucional, sentencia T-278 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara. Citada por la sentencia T-259 de 2017 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas) con el fin de exponer la importancia de aplicar de manera prevalente el principio del interés superior del menor.

[118] Corte Constitucional, sentencia T-715 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[119] Corte Constitucional, sentencia T-663 de 2017, Gloria Stella Ortiz.

[120] Corte Constitucional, sentencia T-663 de 2017, Gloria Stella Ortiz.

[121] Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[123] Cuaderno de revisión del expediente, folio 144.

[124] Cuaderno de revisión del expediente, folio 144 (reverso).

[125] Cuaderno de revisión del expediente, folio 144.

[126] Cuaderno principal del expediente, folio 9.

[127] Cuaderno de revisión del expediente, folios 36 y 37.

[128] Cuaderno de revisión del expediente, folio 70 (reverso).

[129] Cuaderno de revisión del expediente, folio 70 (reverso).

[130] Cuaderno de revisión del expediente, folios 87 y 88.

[131] Cuaderno principal del expediente, folio 77.

[132] Cuaderno principal del expediente, folio 77.

[133] Naciones Unidas. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 (2013), “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, párrafo 94.

[134] Cuaderno de revisión del expediente, folio 123.

[135] Cuaderno de revisión del expediente, folios 132 (reverso).

[136] Cuaderno de revisión del expediente, folio 142.

[137] Cuaderno de revisión del expediente, folio 305.