

Sentencia T-249/02

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Eficacia

JUEZ DE TUTELA-Deber de examinar criterios jurídicos de procedibilidad de acción de tutela

A los jueces de tutela les resulta un imperativo ineludible analizar en sus fallos a los criterios jurídicos de procedibilidad de la solicitud de amparo que ha sido sometida a su conocimiento, pues sólo de esa manera pueden determinar si ésta es procedente, bien como mecanismo pleno para la protección de los derechos, ora como transitorio para evitar un perjuicio irremediable en caso de que el medio de defensa judicial ordinario existente no resulte eficaz para la protección reclamada.

ACCION DE TUTELA-Omisión de los jueces en no examinar los criterios de procedibilidad

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Inexistencia/INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-
Requisitos exigidos a padres adoptantes

Referencia: expediente T-528819

Acción de tutela promovida por Elkin Alonso Córdoba Montoya y Aura Rosa Velásquez Mejía contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Antioquia.

Magistrada ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil dos (2002).

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, dicta la siguiente

SENTENCIA

Referida a la revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Décimo de Familia el 24 de

agosto de 2001 en primera instancia, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, el 10 de octubre de dicho año, en virtud de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. El 8 de agosto de 2001, los esposos ELKIN ALONSO CÓRDOBA MONTOYA y AURA ROSA VELÁSQUEZ MEJÍA, presentaron demanda de tutela contra el Comité de Adopción del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Antioquia, presidido por el doctor RUBÉN DARIO RESTREPO AVENDAÑO, para que se les protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia, petición y debido proceso, ordenándosele que “la preselección que se nos hizo como eventuales adoptantes sea para adoptar una niña entre los seis meses y un año y medio de edad, inaplicando lo dispuesto por el Comité y comunicado según oficio 005374 del 8 de junio de 2001 para una niña de entre cuatro y seis años de edad”.

En la demanda, los actores expusieron los hechos que se resumen de la siguiente manera:

- ELKIN DARIO nació el 12 de enero de 1952 y AURA ROSA el 20 de julio de 1956. Contrajeron matrimonio por el rito católico en 1978, sin que ninguno de los dos sea apto para engendrar hijos.
- El 8 de febrero de 2000, ante el Centro Zonal No. 2 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Medellín, presentaron formulario debidamente diligenciado de solicitud de adopción, en cuyo apartado de “información sobre los menores solicitados”, pidieron un menor de 6 a 12 meses de edad, de sexo femenino, que se pareciera a alguno de los dos, de piel blanca o “mona”.
- Mediante oficio de 22 de marzo de 2000, la Secretaria del Comité de Adopción les informó que fueron aprobados como padres adoptivos de un menor de 7 meses de edad.
- En escrito de 27 de marzo siguiente, le pidieron al Comité reconsiderar su decisión porque su expectativa era la de “criar una niña”.
- El 5 de abril del mismo año, se les comunicó que el Comité no aceptaba su solicitud de cambio del adoptable, argumentándosele que para el ICBF “adoptar es solo tener un hijo,

proceso que debe asimilarse al biológico y en el cual no es posible escoger el sexo deseado”. Se les dijo también que “aunque puede expresarse en la solicitud la preferencia por el sexo, ello no compromete al Comité de Adopción”, por cuanto, “proceder de otra forma sería negarles a los menores de sexo masculino el derecho a crecer en el seno de una familia.

- El día 10 de abril siguiente, reiteraron su solicitud de adoptar una niña, exponiéndole al Comité que actualmente existían procedimientos científicos que ayudaban a los padres a escoger el sexo del hijo, y que no les convenía recibir un bebé que desde su nacimiento había padecido una enfermedad de transmisión sexual.

- Frente a lo anterior, el 24 de abril el Comité les contestó que era necesario que se sometieran a una “intervención psicológica” por parte de un profesional de la entidad, para que continuaran en el programa de adopción, decisión que aceptaron y, al efecto, el profesional conceptuó que no era pertinente la asignación de un menor de sexo masculino porque el rechazo de la madre estaría asegurado. El Comité le ordenó al Psicólogo ampliar el concepto y éste señaló que era necesario que AURA ROSA se sometiera a un proceso de asesoría psicológica por un profesional externo. Éste, en su oportunidad conceptuó que no encontraba razones válidas para que se les asignara una niña.

- El 5 de septiembre de 2000, se les notificó por el Comité de Adopción que habían sido preseleccionados para adoptar una niña de 4 a 6 años de edad, momento en el cual consideraron amenazados o vulnerados sus derechos, por lo cual acudieron a la Procuraduría Judicial de Familia, en donde el Procurador de turno les dijo que expondría su concepto al Comité en reunión del 12 de octubre a la cual debía asistir.

- El 5 de octubre siguiente, se les informó que se les había asignado una menor de 5 años de edad, ante lo cual, el 10 de octubre, le respondieron al Comité de Adopción que “Es una niña que tiene recuerdos de sus padres biológicos y creemos que esto podría perjudicar la situación emocional de la niña causando traumas posteriores”.

- Luego de tramitarse incidente generado por la declaración de impedimento de los miembros del Comité de Adopción para conocer de la solicitud que no fue aceptado, el 27 de abril de 2001 (mediante oficio No. 005246 de esa fecha), se les informó que la decisión tomada por ese organismo de asignarles una niña de 4 a 6 años de edad, continuaba en firme, pues en razón de que su edad promedio (de la pareja) superaba los 45 años de edad y

ello conduciría a asignarles un niño mayor de 7 años.

- El 30 de abril de 2001, le pidieron nuevamente al Comité que volviera a reconsiderar su petición de adoptar una niña entre los seis meses y año y medio de edad, poniéndole de presente que no había tomado en cuenta el criterio de la Corte Constitucional en el sentido de que en cuanto a la adopción no sólo estaban el juego derechos de sujetos especialmente protegidos, sino también “un conjunto de derechos fundamentales constitucionales cuyo titular no es únicamente el sujeto de la eventual adopción”.
- Ante tal situación, acudieron nuevamente a la Procuraduría Judicial de Familia, en donde el Procurador 17 les dio por escrito su concepto en el que reseñó la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de la violación de derechos fundamentales por parte de entidades estatales que por fuera de la ley quieren imponer “EDADES MÁXIMAS” para el ejercicio de un “acto”, con el fin de que lo allegaran al Comité de Adopciones y así lo hicieron.
- No obstante, el día 8 de junio de 2001 (con oficio 005374), se les comunicó la última decisión del Comité, en la que hizo caso omiso de las consideraciones de la Procuraduría y de sus argumentaciones, exponiéndoles como obstáculo no el sexo del adoptable sino su edad para querer excluirlos del programa de adopción, cuando pudieron verificar que a otra parejas del programa, con edades superiores a las de ellos, se les asignaban menores recién nacidos, por todo lo cual resolvieron acudir a la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales vulnerados.

2. Pronunciamiento del ente accionado

2.1. El doctor RUBÉN DARÍO RESTREPO AVENDAÑO, en su condición de Director de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se pronunció sobre todos los hechos expuestos por los actores en la demanda de tutela. En punto a la cuestión principal planteada por los accionantes como generadora de la presunta violación de los derechos fundamentales invocados, en lo pertinente, explicó y argumentó lo siguiente:

“No es cierto que la entidad estatal quiera por fuera de la Ley imponer edades máximas para

el ejercicio de un acto, en este caso el ICBF, no actúa por fuera de la Ley, todo lo contrario, por Ley esta facultado de manera exclusiva para desarrollar programas de adopción y por medio de sus normas técnico- administrativas se fijan políticas o lineamientos generales para el desarrollo de la adopción en Colombia.

“Los lineamientos son previamente analizados por un equipo interdisciplinario, que propende por el desarrollo integral del menor. Si estos no existieran quedaríamos a merced de la libre escogencia de los adoptantes, vulnerando el derecho de los menores rechazados.

“En el concepto moderno la adopción está centrada en el niño, no en el adulto se trata de encontrar padres para el menor abandonado antes que hijos para los adultos que carecen de ellos.

“La adopción se hizo primordialmente en beneficio del niño y secundariamente del adulto.

“Los lineamientos adoptados por el ICBF, están acordes a los patrones culturales de crianza y a los ciclos vitales de la familia, muchos países fijan límites de edad, máxima para adoptar dado que se dice: “Adopción tardía, orfandad temprana”, para indicar el riesgo que corre el niño de temprana edad cuando se le asigna como padres personas mayores de 45 años.

“....

“... El Comité de Adopción, cada caso lo analiza de manera particular y es idóneo e imparcial en el proceso de selección y asignación, buscando siempre el interés superior del menor y su proyecto de vida. En ocasiones se asignan niños de menor edad a parejas mayores, siempre y cuando y es un requisito que uno de ellos, se encuentre entre el rango de edad 25-35 años.

“...

“Nuestros niños (as), no son un objeto o una mercancía que podemos escoger de acuerdo a nuestras apetencias, son sujetos de derechos y merecen respeto y tiene (sic) el derecho a crecer y desarrollarse en una familia que reúna condiciones para ello (Artículo 44 Constitución Nacional).

“¿Qué sentido tendría entonces que la Ley autorizara al ICBF, como un organismo

competente para desarrollar programas de adopción, si el particular estuviera facultado en cada caso para hacer su libre escogencia, dejando de lado el interés superior del menor?...

“El derecho a la igualdad invocado por los accionantes, no se ha vulnerado, toda vez que a la fecha se encuentran reportados al Comité de Adopción, su solicitud no ha sido rechazada y han sido preseleccionados en dos oportunidades, asignándoles dos menores que no han cumplido sus expectativas manteniéndose la preselección que les fue comunicada por última vez, mediante oficio 005374 de 8 de junio de 2001.

“Es de observar que los lineamientos establecidos por el ICBF, como ente Coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en las orientaciones para la adopción de menores Colombianos, no fueron establecidos como capricho institucional sino como desarrollo del Artículo 21 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia, mediante la Ley 12 de 1991, donde establece que: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán porque la adopción del niño (a) sólo sea autorizada por la (sic) autoridades competentes, las cuales determinarán con arreglo a las Leyes y los procedimientos aplicables...”

“Lo anterior en concordancia con el artículo 44 de la Constitución Nacional inciso final que reza... “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

“De acuerdo a lo expuesto, considero que el Comité de Adopción de la Regional Antioquia, no ha vulnerado en su actuación ningún derecho fundamental, ya que ha obrado de conformidad a los preceptos establecidos en la Convención Internacional sobre los derechos del niño, en la Ley, Código del Menor y en los lineamientos técnico-administrativo del ICBF, en consecuencia y de manera respetuosa, solicito al señor Juez, se deniegue la acción de tutela interpuesta” (Folios 200 a 2001, cuaderno de primera instancia).

2.2. El Juez de primera instancia también escuchó en declaración al doctor RUBÉN DARIO RESTREPO AVENDAÑO, a quien le formuló el siguiente interrogante: “Entre diez niños que se adoptan cuántos de éstos son de sexo femenino y menores de año y medio de edad”, al cual el funcionario respondió: “El promedio lo desconozco, pero existe una tendencia que podría ser cultural a desproteger el (sic) mayor número los niños masculinos y a tratar de proteger

por adopción preferencialmente las niñas y menores de un año. Este factor que podría ser cultural es lo que hace tan importante dejar en cabeza del Comité de Adopciones la decisión sobre cuál es el niño que va adoptar cada famili(a) y no lo contrario, se estaría violando derechos fundamentales a los niños que de esa forma de hecho se segregarian” (Folio 57).

II. LOS FALLOS MATERIA DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

El Juzgado Décimo de Familia resolvió “NO TUTELAR los Derechos Fundamentales a la Familia, Libertad de elegir e Igualdad invocados por los esposos ELKIN ALONSO CORDOBA MONTOYA Y AURA ROSA VELÁSQUEZ MEJIA, por no existir ninguna vulneración a ellos por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL ANTIOQUIA”.

Reseñó el Juez que los accionantes pretendían adoptar un menor de sexo femenino, de seis meses a un año y medio de edad, de piel blanca o “mona”, sin que estuvieran dispuestos a conformar una familia con niños de otras características. Rechazaron a dos menores que les asignó el Comité de Adopciones por no satisfacer sus exigencias y su actitud llevó efectivamente a la discriminación de los niños, negarles el derecho a tener una familia, por lo cual no podían considerar que era a ellos a quienes se les estaba cercenando este derecho, por cuanto era el niño el destinatario del mismo (artículo 44 C. P.) y el Código del Menor enseñaba que la interpretación de sus normas debía hacerse teniendo en cuenta que la finalidad es la protección del menor.

Afirmó el a quo que con la adopción se buscaba proteger al menor y no satisfacer las necesidades de los adultos, y, al parecer, los accionantes acudían a la adopción sin conocer esa finalidad, equiparando a los niños con una especie de mercancía susceptible de escogencia, apartándose de los sentimientos de los pequeños y por encima de éstos defendían sus intereses.

Agregó el juez de instancia que los accionantes debían tener claro que al someterse al proceso de adopción, tenían que aceptar en lo posible la selección que efectuara el Comité de Adopción, conformado por profesionales idóneos y con experiencia, comprometidos con su labor y con plena autonomía para las escogencias, y aunque en algunas oportunidades se salían de los parámetros respecto de las edades de los adoptantes y les ofrecían niños

menores de un año, ello obedecía a casos extremos donde se aceptaban niños de culturas segregadas o con discapacidades; luego, se trataba de políticas del ICFB y no de discriminaciones como lo afirmaban los accionantes.

Aseveró el juez de tutela que la adopción, como mecanismo de protección socio-legal del niño abandonado, se constituía en un acto de intervención estatal con miras a proteger el interés superior del menor, pero de manera alguna podía desconocer las garantías procesales para los padres “biológicos”. Debía tenerse claro que los derechos humanos nunca se excluían entre sí, sino que, por el contrario, se complementaban en un todo determinado por la unidad jurídica de la persona.

Con fundamento en lo anterior, concluyó el a quo que el ente accionado no había vulnerado los derechos fundamentales invocados por los esposos CORDOBA VELÁSQUEZ.

2. Impugnación

Fue interpuesta por los accionantes, quienes afirmaron que la parte esencial de la demanda de tutela era la inaplicación, por inconstitucionales, de los criterios tenidos en cuenta por el ICBF, contenidos en la cartilla sobre orientaciones para la adopción de niños colombianos, mencionados en el fallo impugnado como “Políticas del I.C.F.B.”.

Plantearon que en el fallo se expusieron los derechos de los adoptables y no se tuvieron en cuenta los de los adoptantes, los cuales debían ser respetados por el sistema de adopciones, sin que pudiera argumentarse que los principios que defendían el interés superior del menor excluyeran los de los padres.

Consideraron que la sentencia se distanció de la jurisprudencia de la Corte Constitucional al equiparar los criterios del hijo biológico con los del adoptivo, al sostener que debía aceptarse incondicionalmente a éste, pues ello está suficientemente aclarado en otro sentido por esta Corporación.

3. Segunda Instancia

La Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín en la sentencia materia de revisión, resolvió:

“Primero: Se concede la tutela impetrada por los cónyuges entre sí, señores Elkin Alonso Córdoba Montoya y Aura Rosa Velásquez Mejía, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por violación a su derecho a la igualdad.

“Segundo: Se le ordena al Instituto demandado que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 44 y 209 de la Carta Política, continúe, de manera pronta y diligente, el trámite correspondiente a la solicitud de adopción de los señores Elkin Alonso Córdoba Montoya y Aura Rosa Velásquez Mejía, para lo cual de acuerdo al orden en que fue presentada, deben ser tenidos en cuenta para la respectiva preselección y asignación de una niña entre los seis meses y año y medio de edad, acorde con su petición.”

Los fundamentos de tales determinaciones fueron:

Si bien es cierto que la ley confiere de manera expresa al ICBF, entre otras facultades, la de seleccionar a los eventuales adoptantes, y la asignación de los menores beneficiarios de la adopción, no menos lo es que en el desarrollo de sus criterios de selección y asignación, siempre han de imperar los derechos fundamentales del menor o de la persona que se va entregar en adopción, partiendo de la normatividad constitucional que al respecto rige.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de orientar a colombianos y extranjeros acerca de la adopción, publicó una cartilla en la cual explica y orienta, entre otros aspectos, qué es la adopción, qué calidades se exigen a quien desea adoptar, y las consideraciones o criterios que la entidad consagra para el trámite de solicitudes.

Las orientaciones plasmadas en la aludida cartilla, son parámetros que encuentran algunos de ellos apoyo legal, y otros son criterios que si bien no atentan contra los intereses del menor, no encuentran un claro respaldo en la normatividad vigente, como el siguiente:

“Si usted cuenta con la fortuna de tener varios hijos biológicos o adoptivos, tenga presente que son innumerables las solicitudes de parejas que esperan su primer hijo, y que éstas son prioritarias para nosotros, además de lo anterior, la edad de los solicitantes, es otro factor fundamental para la asignación del menor; procuramos que los niños pequeños de 0 a 3 años sean acogidos en hogares de parejas jóvenes (entre 25 a 35 años), niños entre 3 y 6 años en hogares de parejas entre 36 y 45 años y los niños mayores de 7 años en hogares de personas con edades superiores a 45 años”.

Es tal la falta de solidez de este parámetro, que no obstante la edad de los aquí demandantes (49 y 45 años), el primer adoptable para el cual fueron preseleccionados y les fue asignado fue un infante de siete meses de edad.

Realmente no encuentra ningún apoyo que a la pareja de accionantes inicialmente se le hallara apta para adoptar un niño de sólo siete meses de edad, pero finalmente y de manera inexplicable la misma entidad de manera drástica no la considera igual para adoptar una niña entre los seis meses y año y medio de edad.

No se discute que el ICBF tiene expresas facultades para fijar ciertos criterios en orden a que en cada caso los intereses superiores del menor se encuentren protegidos, para lo cual se impone estudiar las condiciones físicas, morales, sociales y psicológicas de las personas interesadas en la adopción, sin dejar de lado la normatividad imperante al respecto, de suerte que no será tanto la edad cronológica sino la madurez, la estabilidad y clara predisposición los elementos a tomar en cuenta para determinar si la pareja puede brindar al adoptable todas las garantías que éste requiere para su desarrollo integral. Pero, tener como criterio inamovible que una persona, por el sólo hecho de tener 45 años o más de edad, no es “conveniente” para adoptar una criatura de pocos meses de nacida, a más de ser “inconstitucional”, no encuentra una base sólida en la medida en que la edad sólo es un factor que por sí mismo ninguna garantía otorga. Con el criterio adoptado por la entidad accionada, se llegaría entonces al absurdo de que no es conveniente que una persona de tal edad, por esta única circunstancia, tenga hijos, ya que según el Comité Técnico de Adopciones, no estaría en condiciones de brindarle a su hijo el bienestar y desarrollo que le pueden brindar, eventualmente otros padres de menor edad.

La Corte Constitucional ha sostenido que “Cuando la administración adopta una decisión fundada en motivos técnicos debe poder justificarla dentro de parámetros científicos universalmente aceptados. Lo anterior cobra todavía más importancia cuando se trata de decisiones que afectan los derechos fundamentales de los menores y, especialmente, el derecho a tener una familia. En estos casos, la Administración debe estar en capacidad de demostrar la racionalidad científica de los datos que apoyan su decisión. En este ámbito, no cabe el menor espacio para la especulación administrativa o para la adopción de medidas en

atención al criterio subjetivo del funcionario competente. Como lo ha manifestado esta Corporación, las decisiones que restrinjan o limiten el derecho de un menor a tener una familia están sometidas a un “estricto rigor probatorio”. La decisión del ICBF debe poderse justificar en disposiciones jurídicas que regulen directa, indirecta o residualmente la actuación administrativa en materia de adopciones y, adicionalmente, debe contar con una fundamentación científica objetiva y clara” (Sentencia T-587 de 1998).

Así, se ha afirmado que todo sistema de adopciones, tanto en su diseño como en su implementación, deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y debe someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor. Todas las decisiones que se adopten en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su libre desarrollo armónico.

Con base en tales consideraciones, el Tribunal concluyó que con la posición adoptada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se vulneró a los demandantes el derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 C. P.), por cuanto éstos estaban siendo “discriminados en razón de su edad para ser aprobados para adoptar una niña de la edad en comentario”, por lo cual el amparo se debía conceder, “previa revocatoria de la sentencia impugnada”¹.

Con posterioridad a la expedición del auto de 4 de diciembre de 2001 mediante el cual la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional escogió para su revisión el expediente, se recibieron en la Corporación memoriales con idéntico contenido, dirigidos a los nueve Magistrados de la Corte y suscritos por el Director de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en los que solicitó la selección y revisión del fallo de tutela dictado por el Tribunal Superior de Medellín.

El doctor RUBEN DARIO RESTREPO AVENDAÑO expone que el caso de que da cuenta el expediente es una novedad en el ámbito de la jurisprudencia nacional, y su definición, dice textualmente, “constituye un hito en el proceso de la adopción en Colombia para el futuro variando la concepción del concepto moderno de la adopción que esta centrada en el niño no

en el adulto. Se trata de encontrar padres para el niño abandonado antes que hijos para los adultos que carecen de ellos; por eso se dice que la adopción se creo (sic) primordialmente en beneficio del niño y la niña y secundariamente del adulto". (Destaca y subraya la Sala).

Agrega que "A partir de la sentencia de segunda instancia, la adopción se mira en beneficio del adulto, tratando al máximo de satisfacer sus preferencias en razón de la raza, sexo, edad del niño, niña adoptable. Convirtiendo a los niños en objetos que se pueden escoger, dejando de lado su dignidad como sujetos de derechos, vulnerando así lo estipulado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional (artículo 44) y el decreto 2737 de 1989".

Sostiene que "La consecuencia... sería el incremento en el número de niños y niñas y jóvenes de difícil adopción, porque las parejas solicitantes de la adopción nos exigirían niños menores de once meses de edad, como el deseo de la gran mayoría. Negándoles de esta manera el derecho fundamental al tener y crecer en el seno de una familia, pasando a engrosar la cifra de niños abandonados que permanecen por años en nuestras instituciones, sin proyecto de vida, culminando su historia en el ejercicio de la prostitución, mendicidad, consumo de psicoactivos y en general involucrados en conductas al margen de la ley" (subrayas y negrillas fuera de texto).

IV. CONSIDERACIONES Y DECISION DE LA CORTE

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela ya referenciado.

2. Carácter subsidiario de la acción de tutela. Improcedencia cuando existe de otro medio de defensa judicial y no se estructura perjuicio irremediable para que proceda como mecanismo transitorio. Reiteración de jurisprudencia

Al respecto, ha expuesto la Corte²:

“4. El carácter subsidiario de la acción de tutela

“Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico (subraya y destaca la Sala Novena). Así ha dicho, en relación con el contenido del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución que:

‘El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico’3.

“De otro lado, cabe recordar que esta Corporación ha hecho igualmente énfasis en que las personas afectadas por la violación de sus derechos no pueden quedar sometidas al aleas de una decisión de tutela, o, lo que es peor, a su eventual selección por la Corte Constitucional. Así al recordar la obligación que corresponde al juez ordinario en la protección de los derechos fundamentales la Corporación explicó que :

‘(...)la Corte ha sido enfática en que la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, ya que este puede ser suficiente para restablecer el derecho atacado, situación que solo podrá determinarse por el juez de tutela, en el caso

concreto y frente a los hechos y material probatorio correspondiente (...).

‘No debe olvidarse sin embargo que “en el Estado Social de Derecho, el funcionario judicial no puede dejar de aplicar el derecho legislado a partir de las normas principios y valores contenidos en el texto constitucional’⁴ (...)

“...

“Así las cosas la Corte ha de insistir en que ‘el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario. La tutela está reservada para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos mecanismos dispuestos para la protección de los derechos de las personas, no para suplirlos. De otra manera tendría que aceptarse que, más temprano que tarde, la acción de tutela perdería completamente su eficacia’⁵. Es necesario en efecto evitar así darle a la acción de tutela ‘un enfoque y alcance equivocados, particularmente en lo que tiene que ver con los criterios jurídicos de procedibilidad, los cuales atendiendo a lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial’⁶. (subrayas y negrillas fuera de texto).

3. El caso concreto. Omisión de los jueces consistente en no examinar los criterios jurídicos de procedibilidad de la acción de tutela

El estudio del expediente pone de presente a la Sala que los jueces a los que les correspondió conocer de la demanda de tutela formulada por los esposos ELKIN ALONSO CÓRDOBA MONTOYA y AURA ROSA VELÁSQUEZ MEJÍA, no hicieron alusión alguna, ni siquiera en forma somera, a si era procedente la solicitud de amparo desde el punto de vista procesal, esto es, que pretermitieron examinar si los accionantes contaban o no con otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales invocados y presuntamente vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Antioquia, a través del Comité de Adopciones.

Dicho lo anterior en otros términos, los jueces de instancia desconocieron que por mandatos constitucional (artículo 86, inc. 3o C. P), y legal (artículo 6-1 Decreto 2591 de 1991), la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable,

disposiciones en virtud de la cual la Corte Constitucional, como quedó visto, ha sentado uniforme y reiteradamente su criterio en el cuanto a que la acción de tutela es de naturaleza subsidiaria, residual y no puede ser utilizada para desplazar a otros mecanismos judiciales o para que opere en forma paralela a éstos, o se constituya en una alternativa a la cual pueden acudir los ciudadanos cuando no quieren hacer uso de los medios de defensa judiciales ordinarios.

Y es que ello tiene que ser así porque admitir lo contrario implicaría abrir el camino para trastocar el ordenamiento jurídico en forma absoluta, pues la acción de tutela, en todo caso, entraría a desplazar, sin más, las acciones ordinarias a las que los interesados deben acudir ante las distintas jurisdicciones para hacer valer los derechos que estiman conculcados.

Por consiguiente, bien puede decirse que para los jueces de tutela, precisamente para evitar esa situación que la Corte ha advertido con insistencia y que se acaba de reseñar en párrafos precedentes, les resulta un imperativo ineludible analizar en sus fallos a los criterios jurídicos de procedibilidad de la solicitud de amparo que ha sido sometida a su conocimiento, pues sólo de esa manera pueden determinar si ésta es procedente, bien como mecanismo pleno para la protección de los derechos, ora como transitorio para evitar un perjuicio irremediable en caso de que el medio de defensa judicial ordinario existente no resulte eficaz para la protección reclamada.

Sin embargo, la experiencia laboral de la Sala demuestra que no son pocos los casos en los que los jueces de tutela omiten acometer ese estudio jurídico de que se habla, pese a que casi se constituye en regla general que al iniciar las consideraciones del caso citen textualmente el artículo 86 de la Constitución Política, en cuyo inciso 3º justamente se advierte que la acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por esa razón, también en no pocas oportunidades, los expedientes que las diversas Salas de Selección de Tutelas esta Corporación escogen para que los fallos de tutela en ellos dictados sean revisados, permiten advertir luego a las distintas Salas de Revisión que el motivo de tal escogencia no fue otro que el de corregir el yerro en que se incurrió al conceder una solicitud

de amparo cuando ésta no procedía dada su manifiesta improcedencia, por tener el actor otro medio defensa judicial eficaz a su alcance y no consolidarse en modo alguno el perjuicio irremediable que se exige como requisito para la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio.

Desde luego, es bien difícil determinar en cada caso concreto porqué el juez de tutela incurre en la omisión de abordar el estudio de los criterios jurídicos de procedibilidad de la acción. Los motivos pueden ser bien diversos. Por ejemplo, el juez simplemente por descuido pasa inadvertido el tema cuando va a adoptar su decisión; también puede ocurrir que intuya que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, pero, por la complejidad del asunto que se debate, el juez no logra precisar cuál es la acción correspondiente y ante cuál autoridad judicial debe proponerla, de manera que se pronuncia de fondo sobre el tema para negar o conceder el amparo; igualmente, puede suceder que el funcionario simplemente se deja llevar por la importancia del tema debatido y acomete el análisis del mismo para plasmar el criterio jurídico que a su juicio resulta ser el correcto.

Pero, con independencia de las razones de la omisión, lo cierto es que ésta puede conducir a que se conceda la acción de tutela cuando no es el mecanismo adecuado para proteger los derechos dadas su subsidiariedad y residualidad y, bien puede ocurrir que en lugar de ayudar a resolver de manera pronta el conflicto jurídico propuesto por el demandante, termine por dilatarlo y, peor aún, ocasione consecuencias nocivas para las partes en el caso concreto, como también puede suceder que la decisión, no obstante tener efectos Inter Partes, repercuta respecto de relaciones jurídicas generales o supuestos fácticos que de una u otra forma el ordenamiento jurídico regula para que las autoridades públicas y los particulares se sujeten a derecho.

Todo esto es lo que ha ocurrido en este caso objeto de examen para la Sala Novena de Revisión, pues, como más adelante se verá, se terminó por conceder la solicitud de tutela propuesta por los esposos ELKIN CÓRDOBA y AURA VELÁSQUEZ sin estudiar los presupuestos jurídicos de su procedibilidad y, por otra parte, la argumentación jurídica y la orden que dio el juez de instancia al conceder el amparo, a juicio del representante legal de la autoridad pública accionada, generará nocivas consecuencias en relación con las funciones que le compete cumplir en la primera fase de los procesos de adopción.

Asumiendo ya el estudio del caso concreto, inicialmente cabe recordar que la Corte Constitucional, a través de sus Salas de Revisión de Tutelas, en varias oportunidades ha tenido que examinar casos en los que se ha hecho sujeto pasivo de la acción de tutela al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado por la Ley 75 de 1968, obviamente por hechos relacionados con las diversas funciones administrativas que cumple como órgano rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (Decreto 2737 de 1989, artículo 276), en virtud de lo cual tiene, para el cumplimiento de sus fines esenciales, las atribuciones, entre otras, de la formulación, ejecución y evaluación de los programas y la expedición de normas para el logro de las políticas dictadas por el Gobierno Nacional en materia del fortalecimiento de la familia y protección del menor (Ley 7ª de 1979, artículo 21).⁷

En tales condiciones, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el órgano estatal competente a cuyo cargo se encuentra el adelantar la etapa inicial que comprende el proceso de adopción, del cual se ocupa el Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989, artículos 88 a 128), como uno de los mecanismos de protección para los menores en situación irregular y, concretamente, del menor abandonado.

Pero, para el caso y tema específico que ahora atrae la atención de la Sala, fue en la Sentencia T-587 de 20 de octubre de 1998, algunos de cuyos apartes fueron transcritos en el fallo de segunda instancia adoptada en el presente expediente, en la que la Sala Tercera de Revisión de la Corte se ocupó de manera precisa en determinar si era procedente o no la acción de tutela que interpuso una menor de edad contra la División del Comité de Adopciones del ICBF, que tomó la decisión de negar la solicitud de adopción que le formuló en su favor una pareja de esposos extranjera, con fundamento en que ésta había adoptado con anterioridad una niña cuya edad era inferior a la de la accionante, de manera que resultaba contraproducente propiciar la disputa de la primogenitura de aquélla.

En el aludido fallo, la Sala Quinta razonó de la siguiente manera:

“Procedencia de la acción de tutela

“2. La presente acción de tutela se interpone contra la decisión del Comité Técnico de Adopciones del ICBF, a través de la cual se niega la solicitud de adopción de la menor María del Pilar Martínez realizada por la familia Ribant. En estas condiciones, compete a esta Sala definir si existe otro medio de defensa judicial para impugnar el mencionado acto y si, de

existir, la acción de tutela puede proceder como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

“Del conjunto de pruebas que han sido recogidas a lo largo del proceso, no parece que exista un acto administrativo en el que conste de manera clara y motivada la decisión que se impugna mediante la presente acción. No obstante, tanto la actora como el ICBF remitieron al expediente copia del oficio 12220 sin fecha mediante el cual se le informa a la familia Ribant la decisión del Comité Técnico antes mencionada. Advierte la Corte que el ICBF afirma que tal decisión se comunicó mediante oficio 036313 del 21 de octubre de 1997 y que se envió copia del mismo a la Directora de la Ciudadela de la Niña y a la doctora María Fannory Suárez Gómez, abogada de la Procuraduría para la Defensa del Menor y la Familia. A pesar de lo anterior, en el expediente no existe copia ni del mentado oficio ni del envío de las precitadas comunicaciones. Sólo se encuentra el escrito relacionado bajo el número 12220 que carece de otra identificación o de una fecha determinada.

“En suma, parece claro que ni siquiera el propio ICBF sabe, a ciencia cierta, cuál es el acto administrativo mediante el cual se notifica la negativa de la solicitud de adopción formulada por la familia Ribant. No obstante, ello no implica aún un obstáculo de tal magnitud que permita afirmar que la tutela puede proceder por inexistencia de otro medio de defensa judicial.

“Ahora bien, cualquiera que fuere el acto en mención - bien el oficio 036313 o el aportado al proceso bajo el número 12220 o alguno otro -, resulta meridianamente claro que éste no fue notificado a María del Pilar Martínez ni a la Defensora de Familia encargada de ejercer la defensa judicial y administrativa de los derechos de la menor. En efecto, el propio Instituto, al relacionar a las personas a quienes se notificó la mencionada decisión, omite señalar a la actora o a su defensora.

“Sin embargo, podría afirmarse que el acto precitado no tenía que ser notificado a la menor. A este respecto, no cabe ninguna duda de que una niña de dieciséis años tiene derecho a conocer y eventualmente impugnar un acto que, como el que se estudia, está definiendo por entero su destino. Incluso si llegare a afirmarse que la menor no puede ejercer directamente este derecho, es incuestionable que, al menos, puede hacerlo a través de la Defensora de Familia correspondiente, lo que, en el presente caso, no podía ocurrir por ausencia de

notificación oportuna de la decisión que se cuestiona. ¿Cómo podía María del Pilar Martínez o su defensora impugnar oportunamente un acto administrativo que no les fue notificado?

“Pero, incluso, si se entendiera que actualmente existe un mecanismo judicial para impugnar la precitada decisión administrativa, lo cierto es que someter la eventual adopción de María del Pilar Martínez, de 16 años de edad, a la conclusión de un proceso contencioso administrativo que, por fuerza, se define en un término prolongado, implica, casi con seguridad, impedir que la mencionada adopción se realice. Ciertamente, el trámite al que se hace mención debe efectuarse antes de que la menor cumpla la mayoría de edad⁹, lo que sucederá el 4 de junio del año dos mil, sin que, en las condiciones actuales, resulte posible presumir que, en tan corto tiempo, quedará resuelta la causa contenciosa. En casos similares, esta Corporación ha establecido que cuando la edad del actor permita presumir razonablemente que de someterse a un proceso ordinario su derecho quedará insatisfecho, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable¹⁰.

“Todo lo anterior, sin mencionar que, en aquellos casos en los cuales se encuentran comprometidos derechos fundamentales cuya realización continua se torna necesaria para proteger la dignidad de su titular - como el derecho al mínimo vital o el derecho de los niños a tener una familia -, el juez constitucional, para decidir sobre la procedencia de la tutela, debe verificar si, verdaderamente, se está produciendo una lesión iusfundamental y si ésta se origina en un acto de tal arbitrariedad que resulta desproporcionado someter a la persona a un proceso ordinario. Se trata de las llamadas cuestiones constitucionales que, pese a poder ser ventiladas a través de otros mecanismos judiciales distintos de la acción de tutela, pueden ser asumidas por el juez constitucional dado (1) que se trata de un asunto puramente constitucional, y (2) que resulta flagrante la arbitraria transgresión de los derechos fundamentales. En estos casos, es evidente la desproporción y el costo en términos de eficiencia que implica optar por el mecanismo judicial ordinario¹¹.

“En suma, la ausencia de notificación del acto administrativo que contiene la decisión que se cuestiona, dentro del término oportuno para impugnarlo, la eventual consumación del perjuicio iusfundamental y la naturaleza eminentemente constitucional de la cuestión que se debate, lleva a esta Sala a considerar procedente la acción de tutela.

“De otra parte, debe referirse la Sala al alegato de los jueces de instancia en virtud del cual es el ICBF y no el juez quien debe definir si una solicitud de adopción debe ser aceptada o rechazada. La anterior apreciación es estrictamente cierta si se refiere al órgano que tiene la competencia para adelantar la primera fase de los procesos de adopción. No obstante, el ICBF, como todos los restantes órganos del poder público, se encuentra sometido al derecho y, en consecuencia, si a través de sus acciones u omisiones viola el derecho vigente y, sobre todo, los derechos fundamentales, nada obsta para que éstas o aquéllas sean objeto de controversia judicial.

“En este sentido, es necesario indicar que son los jueces contencioso administrativos y, en algunos casos, los jueces de familia, los órganos competentes para asegurar que el Instituto demandado se sujete al derecho. No obstante, si se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, procederá la tutela como mecanismo transitorio, sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado a la autoridad administrativa. (Subrayas y negrillas no originales).

“Por último, podría alegarse que la acción de tutela es improcedente en la medida en que es fue interpuesta directamente por la actora quien aún no cuenta con la mayoría de edad. No obstante, este alegato resulta abiertamente impertinente pues, como se sabe, los menores están plenamente legitimados para ejercer directamente la defensa de sus derechos fundamentales. Nada en la Constitución ni en la ley permite fundamentar la tesis contraria.”

Esas disquisiciones de la Sala Quinta de Revisión, permiten concluir que las decisiones que toma el Comité de Adopciones de las diversas Regionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, corresponden a verdaderos actos administrativos que son atacables por la vía contencioso administrativa; empero, como en ese complejo asunto que puso a consideración de la jurisdicción constitucional la menor de edad al interponer la acción de tutela, las pruebas no permitían dilucidar cuál era a ciencia cierta el acto administrativo que notificaba la decisión negativa a la solicitud de adopción, la acción de tutela era el único

mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues a ella se sumaba, de una parte, la ineficacia del proceso contencioso administrativo al que pudiera acudir para efectivizar la solicitud de adopción formulada, tomando en cuenta la edad de 16 años por la que ya atravesaba la solicitante, y de otra, que existiría la eventual consumación de un perjuicio iusfundamental y la naturaleza eminentemente constitucional del asunto debatido, de modo que era incuestionable la procedencia de la acción de tutela.

Pero bien diversa es la situación que enseña el presente asunto que ahora revisa la Sala Novena.

De acuerdo con los hechos expuestos por los accionantes y la prueba aportada, el 8 de febrero de 2000, ante el Centro Zonal No. 2 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Medellín, aquellos presentaron formulario debidamente diligenciado de solicitud de adopción. Con posterioridad a su negativa por aceptar en dos oportunidades a los menores que les fueron asignados luego de su preselección y aprobación como padres adoptivos, pidieron al Comité de adopciones que reconsiderara la preselección efectuada, a lo cual dicho Comité se negó, notificándoles la decisión mediante oficio No. 005246 de 27 de abril de 200112. Por ello, insistieron en que reconsiderara la determinación, y el aludido organismo, a través de oficio No. 005374 de 8 de junio del mismo año¹³, les reiteró que no modificaba la preselección efectuada.

Existen, pues, las actas del Comité de Adopciones en las que éste decidió, primero aprobar la solicitud de adopción y preseleccionó a los esposos CÓRDOBA y VELÁSQUEZ, y en las que en dos oportunidades, determinó negar las solicitudes de reconsideración formuladas por los ahora accionantes en cuanto a preseleccionarlos para adoptar una niña de 4 a 6 años de edad, para que en su lugar fueran preseleccionados para adoptar una menor entre los seis meses y un año y medio de edad; decisiones que les fueron notificadas mediante los oficios ya señalados.

Expedidos y notificados así los actos administrativos en mención, resulta claro que si los accionantes consideraron que con las determinaciones en ellos contenidas se les estaba lesionando uno o varios derechos, debían acudir a la acción contenciosa respectiva y ante la jurisdicción competente.

Así, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de nulidad en los siguientes términos:

“Artículo 85. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”(Destaca y Subraya la Sala).

En cuanto a la eficacia de la acción, desde bastante tiempo atrás esta Corte ha sostenido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho lo es, al señalar que la misma no es algo formal, inasible, teórico, insuficiente o inadecuado, porque corresponde a una posibilidad procesal real, decantada por la doctrina y jurisprudencia administrativas, ampliamente conocida y del resorte de tribunales que imparten justicia a diario¹⁴, en la que incluso puede pedirse la suspensión provisional del acto administrativo correspondiente.

Por otra parte, como antes se indicó, el análisis de los criterios jurídicos de procedibilidad que respecto de la acción de tutela debe hacer el juez, lo conduce a determinar si, aún existiendo otro medio de defensa judicial al cual puede acudir el actor, la solicitud de amparo es procedente por evidenciarse la existencia de un perjuicio de naturaleza irremediable.

Desde la sentencia T-225 de 1993, la Corte señaló como elementos integradores del perjuicio irremediable los siguientes:

“A- El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado,

es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

“B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

“C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

“D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”

El examen detenido de la situación que ahora se revisa, permite a la Sala sostener con validez que ninguno de los anteriores elementos se estructura para predicar la existencia de un perjuicio irremediable, pues si lo que se debate por los esposos CÓRDOBA VELÁSQUEZ es

que el guarismo que resulta de promediar sus edades respectivas, no puede erigirse como obstáculo para que se les preseleccione como posibles padres adoptantes de un menor “de sexo femenino”, cuya edad oscile entre los seis meses y el año y medio de edad, por parte del Comité de Adopciones de la Regional Antioquia del ICBF, no pueden edificarse ni la inminencia del perjuicio, ni su gravedad ni la necesidad de adoptar medidas que hagan la acción de tutela impostergable.

Para ello, basta tener en cuenta que: (i) no obstante el deseo de los accionantes por adoptar un hijo, deliberada y conscientemente han rechazado a dos menores y por esa persistencia, decisión que si bien en sí misma no puede cuestionárseles, se dilató el trámite administrativo de adopción iniciado en febrero del año 2000 y asumieron la consecuencia de su determinación; y (ii) por la naturaleza de su pretensión (que se les preseleccione para adoptar una niña entre los seis meses y año y medio de edad), y la situación fáctica presentada (el rechazo previo de los accionantes por la asignación de dos niños a quienes muy seguramente no llegaron a tener ante su presencia), no se ha suscitado un hecho que permita afirmar que con la actuación del ICBF se estarían poniendo en peligro derechos ciertos e indiscutibles de los cuales fuera titular un menor de edad, y que condujeran a concluir que sólo mediante la acción de tutela sería posible protegerlos.

En tales condiciones, para la Sala no llama a duda que la acción de tutela promovida por los esposos ELKIN ALONSO CÓRDOBA MONTOYA y AURA ROSA VELÁSQUEZ MEJÍA no podía prosperar. Se equivocó, entonces, la Sala de Familia del Tribunal Superior de Medellín al acceder como juez colegiado de tutela en segunda instancia a la pretensión de los actores y, por ende, su fallo habrá de ser revocado en todas sus partes, al igual que el de primer grado, porque si bien resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por considerar que éstos no fueron vulnerados por el ente accionado, la decisión jurídicamente correcta es la DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela, por contar los actores con otro medio de defensa judicial y la inexistencia de un perjuicio irremediable que hiciera posible su prosperidad como mecanismo transitorio.

La Sala considera indispensable poner de presente que si bien se ha dicho por la Corte que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como todos los restantes órganos del poder público, se encuentra sometido al derecho y, en consecuencia, si a través de sus acciones u omisiones viola el derecho vigente y, sobre todo, los derechos fundamentales, nada obsta

para que éstas o aquéllas sean objeto de controversia judicial (Sentencia T-587 de 1998 ya citada), resulta perfectamente claro que ese criterio permanece incólume, puesto que la decisión que aquí se adoptará tiene su fundamento en que la acción de tutela no puede perder de ninguna manera su naturaleza subsidiaria y residual, y por consiguiente, ante la importancia de las funciones que debe cumplir el ICBF y que por su naturaleza están revestidas de un manejo de sus delicados asuntos por el criterio subjetivo de sus funcionarios, a lo cual se suma el hecho, también puesto de presente en la sentencia en cita, de que el trámite de adopciones no sólo no está adecuadamente reglamentado sino que tampoco es apropiada y oportunamente aplicado en muchos casos, lo que ha llevado al diseño de una especie de “código técnico” no plasmado en norma jurídica alguna, resulta imperativo que cuando se pretenda cuestionar las actuaciones de los funcionarios de dicha institución a través de la acción de tutela, el juez constitucional al que le corresponda conocer de la misma sea en extremo cuidadoso en el análisis del caso concreto, empezando, se recalca, por determinar si es el amparo consagrado en el artículo 86 el mecanismo adecuado para definir el asunto.

Hace énfasis la Sala en lo anterior, porque, obsérvese que, si como ya se ha dicho, el trámite de adopciones no sólo no está adecuadamente reglamentado sino que tampoco es apropiada y oportunamente aplicado en muchos casos, lo que ha llevado al diseño de una especie de “código técnico” no plasmado en norma jurídica alguna, tendría que aceptarse que cualquier conflicto que llegare a suscitarse en ese preciso ámbito de la etapa primigenia administrativa que comprende el proceso de adopción de menores en Colombia, debe ser resuelto a través de la acción de tutela, lo cual, como quedó visto, no es así. Porque la ausencia de una reglamentación que regule de manera clara y precisa el trámite, no significa que las decisiones que en él se adopten no correspondan a un acto administrativo, definido éste como “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos”.

En el caso concreto, la omisión en que se incurrió por el juez de segunda instancia respecto de los requisitos de procedibilidad de la tutela, condujo a que tomara una decisión que, a juicio del Director de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a la Corte, cambió el concepto moderno de la adopción que está centrada en el niño y no en el adulto, tratando al máximo de satisfacer las preferencias de éste en cuanto a la raza, sexo,

edad del niño o niña adoptable, cuya consecuencia sería el incremento en el número de niños y niñas y jóvenes de difícil adopción, porque las parejas solicitantes exigirían niños menores de once meses de edad, como el deseo de la gran mayoría.

Y todo ello se sustentó en un criterio bastante deleznable de la Sala de Familia del Tribunal de Medellín que, sin mayor explicación, concluyó que se había vulnerado el derecho fundamental a la igualdad porque el parámetro de la edad superior a los 45 años es “inconstitucional”. Porque un análisis cuidadoso y correcto de los elementos de juicio allegados al expediente, le hubiera permitido advertir al Tribunal que la negativa del Comité de Adopciones de la Regional Antioquia por acceder a las pretensiones de los esposos CÓRDOBA VELÁSQUEZ, no era en modo alguno arbitraria, ni mucho menos inconsecuente con su primigenia decisión de aprobar y preseleccionar a la pareja para adoptar a un menor de siete meses de edad, puesto que si su misión es la de buscar que la mayoría de menores de edad declarados en estado de abandono sean sujetos de adopción, sin distinción de su raza, sexo, edad o condiciones físicas o mentales, ese objetivo explica los criterios del ICBF consignados en la mentada Cartilla de orientaciones para la adopción de los Menores Colombianos, en la que se advierte que “Aun cuando cada solicitud de adopción merece un estudio especial, en consideración al interés superior del menor”, se da prioridad a las solicitudes de parejas que, entre otras condiciones, carecen de hijos, que “solicitan en adopción niños mayores de 7 años”, o que solicitan “un hijo con dificultades físicas o mentales”¹⁵, de modo que fácil es comprender que si por las solicitudes de adopción que reciben han podido constatar que la gran mayoría de parejas manifiestan su preferencia por adoptar menores de sexo femenino y con edad inferior a un año, los menores de sexo masculino o las niñas mayores de 5 años no tengan mayor opción para que sean adoptados, y por ende, mal puede sostenerse sin duda alguna que cuando no se accede a aprobar y preseleccionar a una pareja para que adopte una niña con edad inferior a un año, están discriminando a los solicitantes, cualquiera fuere el motivo de esa decisión, inclusive el de la edad de los peticionarios, porque, se repite, el objetivo del ICBF en esa materia es el de buscar que la mayoría de menores de edad declarados en estado de abandono, sean sujetos de adopción, de acuerdo a criterios que tengan en cuenta sus derechos.

De manera que, admitir sin mayor fórmula de juicio que el Comité de Adopciones debe satisfacer en un todo las preferencias de los solicitantes, en cuanto a las características y condiciones de los menores que desean adoptar, pues de lo contrario vulnera los derechos de

los petentes a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, petición o debido proceso, como lo plantean los demandantes, implicaría también el tener que reconocer que no podría aplicar ninguno de los criterios o factores que el ICBF ha decantado a lo largo de su existencia, para preseleccionar y aprobar al solicitante de adopción en beneficio de los derechos de todos los menores, criterios que no entra esta Sala de la Corte a comentar y mucho menos a cuestionar, por no ser el escenario ni la oportunidad para ello, dada la improcedencia del amparo solicitado por los esposos CÓRDOBA VELÁSQUEZ.

Se revocarán, en consecuencia, los fallos de tutela materia de revisión, para en su lugar DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela impetrada por los accionantes ELKIN ALONSO CÓRDOBA MONTOYA y AURA ROSA VELÁSQUEZ MEJIA, por las precisas razones consignadas en precedencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR los fallos adoptados por el Juzgado Décimo de Familia el 24 de agosto de 2001, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, el 10 de octubre de dicho año, en virtud de la acción de tutela propuesta por los señores ELKIN ALONSO CÓRDOBA MONTOYA VELÁSQUEZ y AURA ROSA VELÁSQUEZ MEJÍA contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Antioquia, para en su lugar DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo formulada por los mencionados.

Segundo: ORDENAR que por la Secretaría General de la Corporación se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Se observa que en la parte resolutive de la sentencia el Tribunal omitió revocar el fallo impugnado, como lo anunció en la parte motiva.

2 Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001. Sala Octava de Revisión. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

3 Sentencia T-106 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

4 Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alvaro Tafur Galvis a la Sentencia SU 1067/2000, M.P. Fabio Morón Díaz, en la que se tutelaron los derechos de asociación sindical y negociación colectiva.

5 Ibidem.

6 Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alvaro Tafur Galvis a la Sentencia SU 998/2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se tutelaron los derechos de asociación y libertad sindical.

7 Entre tales sentencias, pueden consultarse la T-412 de 1995, T-587 de 1998, T-715 y T-941, ambas de 1999, y la T-881 de 2001.

8 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 En este sentido, el artículo 92 del Código del Menor señala que sólo puede ser adoptado un

mayor de edad cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste cumpliera 18 años. Evidentemente, la actora no se encuentra en esta hipótesis.

10 Así por ejemplo, la Corte ha entendido que someter a una persona de la tercera edad a un proceso ejecutivo para que le sea satisfecho su derecho a la seguridad social, puede implicar que esta nunca encuentre realizado este derecho. En estos casos, se ha concedido la tutela transitoria del derecho al mínimo vital. Cfr., entre otras, las Sentencias T-076/96 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-323/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-458/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

11 Sentencia T-100/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

12 El oficio No. 005246 obra a folio 31 del cuaderno de primera instancia y en él se lee, en lo pertinente: "...[e]n reunión de abril 19 de 2001 el organismo aludido dispuso mantener la preselección comunicada a ustedes el 5 de septiembre de 2000, esto es, para una niña de 4 a 6 años de edad, pese a que la Subdirección de Intervenciones Especializadas, hizo la observación que las preselecciones hechas a usted (sic) están por debajo de los criterios establecidos por la entidad en el documento orientaciones para "La adopción de menores Colombianos", ya que su edad supera los 45 años promediando las edades de ambos cónyuges, tal como se obtiene ésta cuando hay diferencias en las edades de los solicitantes, lo que llevaría a asignarles niño mayor de siete años. Con este conocimiento sírvase manifestar por escrito si continúan o no con su solicitud"

13 Este oficio obra a folio 35 del cuaderno de primera instancia. En el mismo, la Defensora de Familia que lo suscribió, en su condición de Secretaria del Comité de Adopción, textualmente les informó a los esposos Córdoba Velásquez: "El Comité de Adopción, dispuso dar respuesta a su carta recibida el 2 de mayo, precisándoles que no modifica la preselección comunicada a ustedes, el 27 de abril de 2001, esto es, para niña de 4-6 años de edad, pues ella obedece al estudio individual que cada solicitud merece y que en el caso concreto de ustedes este se ha hecho por más de un año, pero sobre cualquier consideración se ha atendido el mandato del Código del Menor que ordena tener en cuenta el interés superior del menor...."

14 Sentencia T-223 de 15 de junio de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

15 La cartilla es visible a folio 36 del cuaderno de primera instancia del expediente.