

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-  
Caso en que se decidió la adoptabilidad de un menor

(...), la decisión de homologar la declaratoria de adoptabilidad no desconoció el debido proceso de la tutelante, y por el contrario, es claro que se sustentó en el material probatorio del proceso de restablecimiento de derechos y no vulneró el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, por cuanto se concluyó que ello está justificado en los parámetros jurisprudenciales desarrollados al respecto.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Violación directa de la Constitución por desconocimiento del interés superior del menor

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Reiteración de jurisprudencia

PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS-Circunstancias para determinar la pertinencia de las medidas de restablecimiento de derechos

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Declaratoria de adoptabilidad tiene naturaleza extraordinaria y excepcional

(...), en los eventos en los cuales los padres o los familiares no puedan darle la asistencia que ellos requieren y a la que están obligados, le corresponde al Estado asumirlo directamente e, incluso, garantizar su derecho a tener una familia mediante la adopción.

PROCESO DE HOMOLOGACION DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Alcance de la competencia del juez de familia

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber del Estado en defensa de sus derechos, cuidado y protección cuando los familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS AL CUIDADO Y AMOR-Deber en el ejercicio de la responsabilidad paternal

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA T-249 de 2023

Referencia: Expediente T-9.211.992

Acción de tutela interpuesta por Gladys, actuando como madre de Juan, en contra del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá.

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera

y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

## SENTENCIA

Aclaración preliminar: reserva de la identidad de la accionante y de su familia. El nombre de la accionante será modificado en la versión pública, en consideración a que esta sentencia alude a la situación de violencia por ella sufrida y su publicación puede constituir un escenario de revictimización, además de que en esta providencia se hace alusión a datos sensibles como su estado de salud<sup>1</sup>. También se modificará el nombre del menor de edad y de su familia. Esto encuentra sustento en que los niños tienen derecho a que su vida privada y familiar no sea divulgada y a que se adopten todas las medidas necesarias para proteger su interés superior. Con mayor razón si, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1098 de 2016 son reservados -durante 20 años- los documentos y todas las actuaciones administrativas y judiciales propias del proceso de adopción<sup>2</sup>.

### I. ANTECEDENTES

#### A. LA DEMANDA DE TUTELA<sup>3</sup>

1. El 19 de octubre de 2022<sup>4</sup>, Gladys, actuando como madre de Juan, interpuso acción de tutela contra la Defensoría de Familia del Centro Zonal \*\*\* en Bogotá y el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, por la declaratoria de su hijo en situación de adoptabilidad y a la homologación efectuada por el juzgador de instancia. Como fundamento adujo que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, la contradicción y la información en el marco del proceso de restablecimiento de derechos<sup>5</sup>. Explicó que el desconocimiento flagrante a los derechos mencionados también impactó en los derechos a la

igualdad y a la dignidad humana. Finalmente, adujo que también se había vulnerado el derecho fundamental del menor a tener una familia y no ser separado de ella<sup>6</sup>. En consecuencia, solicitó que se revocara el acto administrativo y que, en consecuencia, se ordenara al respectivo defensor de familia entregar al niño a su madre, a la vez que se dejara sin efectos la decisión de homologar dicha determinación.

## A. HECHOS RELEVANTES

1. Según indicó la accionante, el 29 de julio de 2018, tenía programado el parto de su tercer hijo en la Clínica \*\*\*, pero se le adelantaron las contracciones y, por ello, el niño tuvo que nacer en la casa. Sin embargo, se desplazó con su hijo recién nacido al Hospital \*\*\*<sup>7</sup>.

1. Al estar en dicho lugar, los especialistas del Hospital \*\*\* le “quitaron al niño” con el fin de efectuarle una serie de exámenes; mientras que, la accionante, de otra parte, estuvo en observación y, según adujo, por más que preguntaba por el estado del menor de edad nadie le dio razón al respecto<sup>8</sup>.

1. Afirma que tuvo que ser hospitalizada con diagnóstico de “estrés postparto”, mientras que Juan estuvo al cuidado de la trabajadora social del referido hospital. De allí, según adujo, se le manifestó que como el niño no podía permanecer más tiempo en el hospital, se inició un proceso de restablecimiento de derechos en favor del niño, en donde a ella sólo se le indicó que tal sería llevado por la Defensoría del Centro Zonal de \*\*\* y que tal tendría una duración de tres meses, en los que debía cumplir con el protocolo, que incluía la realización de exámenes, asistir a citas de psico-rehabilitación, psicología y, en general, con todo lo ordenado por la psicóloga, como en efecto ocurrió<sup>9</sup>.

1. Afirmó la accionante que el niño permaneció en las instalaciones del Centro Zonal de \*\*\*, pero cuestionó que en dicho lugar se enfermaba frecuentemente. Después, adujo que entre

los años 2019 al 2020, el menor fue remitido a un hogar sustituto, en el que no podía verlo por la pandemia del Covid-19. No obstante, indicó que la Defensora de Familia se comprometió a remitirle fotos y videos del niño, pero esto nunca sucedió<sup>10</sup>.

1. El 29 de abril de 2019, la tutelante formuló una petición en la que solicitó la entrega inmediata del menor, pero, según explicó, nunca se recibió respuesta<sup>11</sup>. En la copia de este documento, aportado a la acción de tutela, se evidencia que dicha solicitud está dirigida al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y se requiere (i) el reintegro del niño y cuestiona que el menor hubiese sufrido una recaída y estar, para dicho momento, en hospitalización; (ii) la responsabilidad del ICBF de lo que le pueda suceder al niño; y (ii) la sanción de los funcionarios que llevaban el caso. Asimismo, señaló en su solicitud que ha demostrado cumplir con todas las indicaciones y con las garantías para que el niño volviera a estar con ella, desde la perspectiva moral y económica, por lo cual, se cumplían los requisitos para el reintegro del menor de edad con su familia biológica. Por último, en su comunicación requirió las copias del proceso de restablecimiento.

1. El 19 de julio de 2019, Gladys formuló nuevas peticiones dirigidas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En la primera de ellas se refirió a lo siguiente: (i) cuestionó que el niño estuviera cerca de cumplir un año en la Defensoría Zonal de los \*\*\*; (ii) señaló haber cumplido con todas las exigencias del defensor de familia; y (iii) que si realizaba esta solicitud era porque deseaba profundamente que su hijo estuviera de regreso con ella y su verdadera familia. Así, consideró que ella era una verdadera garante de los derechos del menor, pues estaba en todas las condiciones físicas y emocionales para cuidarlo<sup>12</sup>.

1. El 16 de diciembre de 2019, fue informada que su hijo no podría asistir a una reunión con ella por estar enfermo con varicela y que, por ello, no podría verlo por un tiempo. Mediante comunicación de dicha fecha adujo que está en toda su capacidad física, mental, emocional y económica para asumir el cuidado total de su hijo, por lo cual solicitó el reintegro al haber pasado el suficiente tiempo y haber cumplido todos los requisitos a ella exigidos por el

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Asimismo, cuestionó que su hijo se enfermara en distintas oportunidades y que fuera una constante que no pudiera asistir a las reuniones por este motivo y, por ello, requirió que el cuidado del niño debía estar a su cargo. Además, solicitó copias de todo el proceso del menor en dicha entidad<sup>13</sup>.

1. El 30 de diciembre de 2019, en una tercera petición, la accionante dirigió un escrito al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (\*\*\*), en el que informó que ese día tuvo la visita con su hijo, pero advirtió con preocupación que lo notaba decaído y que, además, tenía salpullido en el cuello, cabeza y en los brazos. En consecuencia, con el antecedente de la varicela concluyó la accionante que había decidido exigir la entrega inmediata del niño, por lo que consideró un abuso y por manifestar su inconformidad y molestia con la salud de su hijo. Por ello, afirmó que se iba a ver obligada a tomar medidas jurídicas<sup>14</sup>.

1. Asimismo, advirtió que la última vez que se comunicó con la madre sustituta del menor, se le informó que el niño ya no se encontraba con ella y fue en dicho contexto que el Centro Zonal de \*\*\* le informó que el caso ya estaba a disposición del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá<sup>15</sup>.

1. Con fundamento en los anteriores hechos, consideró que se debían amparar sus derechos fundamentales y los de su hijo, por cuanto, según controvierte, no se le permitió tener contacto con él y no se le indicó en que lugar de paso o sustituto estaría. A su juicio, con la decisión del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá en la cual se accedió a homologar la determinación de adopción, pese a que la accionante tiene un trabajo, está afiliada a seguridad social y, por ello, afirma tener un hogar digno para cuidarlo, consideró la accionante vulnerados sus derechos. Así, solicitó que se adopten todas medidas dirigidas a la Defensoría de los \*\*\*, con el fin de efectuar los actos tendientes a “restablecer los lazos afectivos entre el niño y su señora madre, los cuales fueron conculcados por el irregular proceso de restablecimiento de derechos”.

## A. ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y VINCULACIÓN DE LAS PARTES ACCIONADAS

1. Mediante auto del 20 de octubre de 2022, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, ordenó vincular al Juzgado Quinto de Familia de Bogotá y “a la Defensora de Familia adscrita al Juzgado demandado y al Ministerio Público, así como a los terceros intervinientes, para que manifiesten lo que considere importante y pertinente frente a los hechos en que se sustentó la presente acción constitucional”<sup>16</sup>.

### El Juzgado Quinto de Familia de Bogotá y el proceso de restablecimiento de derechos

1. El 20 de octubre de 2022, el juzgador de instancia remitió en un enlace el proceso de restablecimiento de derechos en favor del menor de edad, el cual se detalla en extenso a continuación por ser la base de la declaratoria de adoptabilidad y, a su vez, del desacuerdo presentado por la accionante<sup>17</sup>.

1. El origen del proceso de restablecimiento de derechos se dio porque la accionante tuvo que ser internada, después del parto<sup>18</sup>, el cual se calificó de “espontáneo en hogar”<sup>19</sup>. En consecuencia, se indicó en distintas oportunidades que el niño podía tener un riesgo social alto por haber nacido fuera de un hospital y, en virtud del diagnóstico de la madre, quien cuenta con trastorno afectivo bipolar. Como consecuencia de ello, el 10 de agosto de 2018, la Defensora de Familia del Centro Zonal de San Cristóbal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, ordenó al equipo psicosocial de la Defensoría de Familia de dicho centro zonal realizar una valoración integral del hijo de la accionante<sup>20</sup>, comprendida por los siguientes estudios: (i) valoración psicológica y emocional<sup>21</sup>; (ii) nutrición y esquema de vacunación<sup>22</sup>; (iii) valoración inicial de trabajo social, entorno social,

de entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de derechos<sup>23</sup>; y (iv) verificar inscripción del registro civil de nacimiento y la vinculación al sistema de salud. Así, después de valorar los resultados obtenidos, la Defensora de Familia del Centro Zonal de San Cristóbal tras obtener los resultados del anterior análisis, dio apertura a la investigación administrativa del restablecimiento del niño involucrado al comprobar un riesgo social alto.

1. Por lo cual, con fundamento en las disposiciones sobre el interés superior del menor que consideró pertinentes, ordenó la práctica de una serie de pruebas como la citación de los representantes legales del niño o de quienes estuvieran a cargo de él y decidió imponer como medidas de protección provisionales: (i) la ubicación inmediata del niño en un hogar sustituto con fundamento en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006; y (ii) la medida de amonestación con curso pedagógico en contra de la señora Gladys con asistencia obligatoria de los representantes legales. Esta providencia fue notificada personalmente al hermanastro del niño implicado -de 22 años-, el 10 de agosto de 2018<sup>24</sup>. A su vez, el 28 de septiembre de 2018, la Defensoría de Familia del Centro Zonal \*\*\* resolvió conocer sobre el asunto ante el cambio de autoridad administrativa<sup>25</sup>.

1. De otro lado, como parte de un estudio de caso realizado en el correspondiente hogar sustituto, se encontraron los siguientes factores de vulnerabilidad: (i) ausencia de roles materno y paterno en la crianza, pues ninguno ha asumido su responsabilidad en el cuidado del niño; (ii) el niño no cuenta con afiliación a la EPS; (iii) la salud mental de la madre, lo que hace que esté siendo atendida; (iv) inexistencia de red de familia extensa, en donde el apoyo familiar está constituido por un hermanastro joven, de 22 años; y (v) ausencia de reconocimiento por parte del padre<sup>26</sup>. Además, se realizaron diferentes informes psicológicos, visitas y entrevistas<sup>27</sup>, pero se resalta las referencias a algunas enfermedades que sufre el menor de edad como el retraso global de desarrollo, posible consanguineidad entre padre e hija y agenesia de cuerpo calloso<sup>28</sup>, necesidad de oxígeno portátil<sup>29</sup> y la inspección judicial realizada al proceso penal llevado en contra del padre del menor, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado<sup>30</sup>, por el cual fue

condenado en primera instancia el 19 de enero de 2018<sup>31</sup>.

Resolución \*\*\* del \*\* de septiembre de 2020: declaratoria de adoptabilidad<sup>32</sup>

1. En un primer aparte, se alude a las personas que concurrieron a la audiencia y a las pruebas relevantes, entre las cuales, se pone de presente el informe psicológico, del 13 de enero de 2020, en el que se muestra la tensión que implica para un niño estar en el marco de una familia con posibles relaciones incestuosas. Es con base en estos hechos que se sugiere adoptar la medida de declaratoria de adoptabilidad. A su vez, como pruebas, se citan diferentes entrevistas efectuadas a la familia biológica en donde se reafirma la relación existente entre Raúl y Gladys. En una de ellas, la accionante afirma que lo conoció cuando era muy pequeña por ser amigo de su mamá y que, cuando cumplió 20 años, él la apoyó frente a un embarazo. Además, según se explicó, iniciaron la relación mientras él seguía con su cónyuge que, para dicho momento, no había fallecido.

1. Como prueba traslada del proceso penal en contra de Raúl, se puso de presente el peritaje realizado por parte del Instituto de Medicina Legal, en el que como conclusiones se concluyó que tal presenta un trastorno de la personalidad esquizofrénico que no impidió el reconocimiento de su actuación frente el delito sexual cometido contra la accionante, por el cual fue procesado por acceso carnal abusivo con incapaz de resistir. Finalmente, se aludió al informe psico rehabilitador, en el que se cuestionó las habilidades del grupo familiar y se concluyó “la falta de idoneidad parental”.

1. Así, después de detallar el proceso de restablecimiento de derechos surtido, se valoraron las pruebas con el fin de arribar a algunas conclusiones: (i) se estableció la existencia de una relación paterno filial entre la tutelante y el presunto progenitor, “lo que sin lugar a dudas genera una problemática social y mental para la familia”; (ii) es posible concluir que ello era de público conocimiento, pese a lo cual, no se adoptaron las medidas dentro de la familia

para proteger a la víctima de dicha relación; y (iii) tanto el presunto padre del menor como la accionante cuentan con diagnósticos de afecciones mentales.

1. De allí que, con fundamento en las valoraciones psicosociales, que tienen en virtud de la ley el carácter de peritaje y de las demás pruebas existentes, se concluyó en el marco del proceso de restablecimiento de derechos que no existe duda en el sentido que “ni la progenitora de Juan ni su familia extensa son garantes de los derechos que le asisten al niño, por lo cual el reintegro familiar no se presenta como una opción dentro del presente asunto”. En consecuencia, en dicho proceso se advirtió que la medida que mejor materializa el derecho a tener una familia y no ser separada de ella es la declaratoria de adoptabilidad.

1. Por último, se manifestó la preocupación frente al hecho de que se hubiese normalizado la relación entre los padres del niño, lo cual no sería comprensible para él y es todavía más problemático ante las necesidades especiales que tal requiere, por los diferentes padecimientos en salud que cuenta entre los que están ataques epilépticos, hipoacusia, problemas de deglución y trastorno de desarrollo psicomotor. Motivo por el cual, se concluyó en el marco de dicho proceso que resultaba a todas luces evidente que el menor de edad requiere del soporte de una familia que la biológica no le puede suministrar.

1. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, con sustento en el artículo 44 de la Constitución, se concluyó que en este caso se encontraban configuradas las circunstancias para intervenir a restablecer los derechos del niño, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 y que, además, la familia extensa no contaba con una red de apoyo que le pudiera brindar las garantías requeridas y con la idoneidad para ello. Así, se trata en opinión de la autoridad competente del proceso de restablecimiento de derechos un caso en el cual “debe prevalecer los derechos de los niños frente a los demás, pues sus condiciones exigen del Estado la toma de decisiones en pos de garantizar la efectividad de sus derechos”. En consecuencia, se definió la situación jurídica del menor de edad, se declaró su adoptabilidad y se confirmó la medida de restablecimiento de derechos, relacionada con la ubicación del

niño en un hogar sustituto.

1. En virtud de la recomendación efectuada por el Comité de Adopciones y la oposición de la accionante a las medidas de restablecimiento del derecho, el proceso fue repartido al Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, el 3 de septiembre de 2019. En este marco se surtió una audiencia de recaudo probatorio, el 7 de junio de 2022<sup>33</sup>.

Sentencia del 26 de septiembre de 2022<sup>34</sup>: homologación proceso de adoptabilidad

1. Después de referir los antecedentes del caso, explicó que esta decisión fue conocida como consecuencia de la declaratoria de adoptabilidad surtida mediante Resolución \*\*\* de \*\* de septiembre de 2020. Así, como fundamento de esta determinación explicó que el artículo 44 de la Constitución reconoce la protección especial y la primacía del interés superior en su favor. No obstante, el procedimiento de restablecimientos de derechos implica que al Estado le corresponde restablecer la dignidad del niño, niña o adolescente en aquellos eventos en los que así lo requieran. En tal marco, la adopción es una medida que puede ser tomada cuando sea razonable y proporcional a la situación presentada, por lo cual debe estar debidamente soportada.

1. Con fundamento en lo expuesto, al analizar el caso del menor de edad, el Juez Quinto de Familia de Bogotá consideró que debía estudiar si la medida que dio lugar al restablecimiento de derechos había sido superada o, por el contrario, no concurrían las circunstancias para retornarlo con su madre, lo que supondría confirmar la decisión que emitió la referida autoridad administrativa al resolver la situación jurídica del niño. Así, como parte del recuento de los antecedentes del proceso de restablecimiento de derechos se resaltan lo siguientes:

i. La investigación penal y el proceso en el que se declaró penalmente responsable a Raúl,

progenitor de Gladys, por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado que cometió en contra de su hija y producto del cual, según lo establecido en dicha providencia, nació un niño.

i. Informes, del 30 de octubre de 2019, en el que se advirtieron los riesgos de ausencia de roles paterno y materno, dado que “ninguno de los dos progenitores ha asumido su responsabilidad parental” y del 18 de noviembre de 2019, en el cual se conceptuaron distintas situaciones de negligencia y descuido en los menores pertenecientes a la familia entre ellos Juan, específicamente “riesgo en el que se encuentran los menores de edad al estar a cargo de su hermana Gladys quien padece de enfermedad mental aparentemente sin medicación”.

i. Los testimonios que refirieron que el padre de Juan es el señor Raúl. Por lo cual, en este caso se presentaría, de nuevo, abuso sexual e incesto en contra de la accionante.

i. Los dictámenes periciales del Instituto Nacional de Medicina Legal en donde se indica que los familiares de los niños, a saber: Simón, Gladys y Raúl NO son idóneos para asumir el cuidado de los menores en un ambiente sano y garante de derechos, circunstancias que conllevaron a concluir que la medida idónea era la declaratoria de adoptabilidad.

1. Por ende, explicó que el niño no contaba con condiciones idóneas para su protección pues, por el contrario, estaba expuesto a un ambiente familiar que no lo protegía contra riesgos prohibidos. Por lo cual, la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familia se encontró justificada y, en realidad, no puede concluirse que se superó la referida situación. En efecto, explicó que la accionante cuenta con diagnóstico de trastorno afectivo bipolar con síntomas psicóticos, el cual por sí mismo no la inhabilita para el ejercicio de su rol materno, pero sí le exige un tratamiento, el cual no existe evidencia en el expediente sobre dicho manejo. De modo que, aunque en el trámite afirmó estar cumpliendo con el mismo, la

realidad es que la historia clínica no denotó un efectivo control en tal sentido pues “se denota que desde el año 2016 no se cuenta con atención médica a la [señora accionante], más que un traslado en ambulancia del 10 de septiembre de 2021”. Esas pruebas allegadas en documentos guardan pleno respaldo con lo expuesto en el informe de visita social elaborado por la trabajadora social del Juzgado Quinto de Familia, de 4 de junio de 2022, en el hogar de la accionante, en virtud del cual se especificó que los certificados aportados sobre su estado de salud e idoneidad al respecto datan de 2020.

1. Además, el anterior factor no es el único que demuestra que se debía homologar la declaratoria de adoptabilidad pues existen unas condiciones familiares que impiden el retorno del niño, beneficiario del proceso de restablecimientos de derechos:

“se advierte que en la investigación penal 11001600072120140015800 se dio a conocer que Raúl es el progenitor de [la accionante] y a su vez, presuntamente, padre del menor Juan, lo que lo convierte concomitantemente en progenitor y abuelo del menor producto de una relación incestuosa con su hija, suceso que, según las pruebas obrantes en el expediente, niega la señora Gladys al ver al señor Raúl como su pareja sentimental y no como su padre, pese a que su registro civil de nacimiento vislumbra ese parentesco paternofilial, circunstancia que igualmente fue advertida por el equipo interdisciplinar (...)”.

1. Lo anterior, según se explicó, permite concluir que no existe una garantía de derechos en favor del menor por parte de su familia biológica, pues ellos no cuentan con claridad de los roles que ostentan respecto de los lazos consanguíneos. Esto también se advierte respecto de las personas que fueron descritas por la progenitora del menor como red de apoyo, esto es, Juana y Simón, quienes rindieron testimonio en audiencia del 7 de junio de 2022 negando tajantemente su parentesco con Gladys, pese a que los registros civiles de nacimiento de todos evidencian lo contrario, y así mismo comparten el nombre de pila “\*\*\*\*\*” y el apellido paterno. Así, tras referir una cita de la sentencia C-241 de 2014 sobre el incesto y el fundamento de su penalización, explicó el juzgador de instancia que ello era todavía más

lesivo cuando, en este caso, ha sido negado por la madre del niño, quien “se itera, ve a Raúl como su pareja sentimental y no como su padre, dando a entender –de esa manera- que se normaliza esa afectación a la institución de la familia, y por tanto, impidiendo que en esas condiciones, se considere a su familia biológica como garante de derechos”.

1. De otro lado, consideró que no existía un verdadero plan para el retorno del niño dado que la audiencia probatoria explicó que día a día se prepararía para ello “denotando con ello la improvisación de su conducta, la cual, lejos de ser garantista, conllevaría a esa continuación en la vulneración de los derechos del NNA”. Aunado a que en el informe de la visita social se indicó que a la persona que lo realizó se le hizo esperar y que, además, se percibió “un olor a orines que se mezclaba con desinfectante”. Por último, refirió el juzgador que en el testimonio de la accionante se adujo que, desde el 2017, trabaja para la empresa Concretos Asfálticos de Colombia Concrescol S.A.S., lo que le permite la estabilidad económica para sufragar los gastos de su hijo en el hipotético caso que se ordenara su reintegro. Sin embargo, tal manifestación fue desvirtuada por el representante legal de la compañía, quien señaló que la actora no se ha vinculado en ningún momento a dicha compañía.

1. Así, concluyó que “la señora Gladys funda su pretensión de reintegro del menor únicamente en manifestaciones subjetivas y situaciones ajenas a la realidad, y sin demostrar fehacientemente que pueda ser garante de los derechos del menor (...)”. En consecuencia, concluyó que resultaba inviable el reintegro del niño a la accionante y, al indagar en la “red de apoyo” sobre los familiares que podrían recibir al menor de edad, tampoco se encontró una persona garante de sus derechos pues Juana y Simón en sus declaraciones negaron tajantemente tener algún tipo de parentesco con la tutelante, pese a que, según sus registros civiles de nacimiento, son hermanos, hijos de Raúl, circunstancia que evidencia esa confusión o alteración de la institución jurídica de la familia advertida que impide tener por acreditada su idoneidad para asumir el cuidado del niño. Además, se explicó que en la audiencia de pruebas fueron vacilantes sobre las actuaciones y el apoyo concreto que le podrían suministrar a la madre del niño.

1. Por ello, decidió homologar la declaratoria de adoptabilidad del menor de edad y advirtió que por situaciones similares se han proferido decisiones de adoptabilidad de la mayoría de los hermanos y de los hijos de la accionante, hermana de ellos. Así, referenció los casos de los cinco menores implicados, lo cual demuestra que no han sido garantes de los derechos del niño, en el caso estudiado, y de los demás familiares en los demás procesos de adoptabilidad surtidos en favor de niños pertenecientes a ella. Por lo cual, explicó lo siguiente:

Defensor de Familia del Centro Zonal \*\*

1. El 27 de octubre de 2022, también remitió en un enlace el proceso de restablecimiento de derechos en favor del menor de edad y explicó que se oponía a todas las pretensiones de la accionante. En efecto, adujo lo siguiente: (i) una vez conocida la decisión adoptada por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá resultaba evidente que no sólo analizó, de manera formal la declaratoria de adoptabilidad, sino que también escuchó los argumentos de la madre del niño y efectuó las gestiones necesarias “para verificar oficiosamente las condiciones que podría ofrecer a su hijo en un posible reintegro familiar, por lo que a la vista del suscrito servidor se garantizó más allá de toda duda los derechos al debido proceso, a la contradicción y a la información de la señora GLADYS”; (ii) manifestó su oposición a que se revocara la determinación del juzgador, lo cual sólo implica entorpecer el proceso administrativo que se ha extendido por más de tres años, por lo cual resultaba incomprensible que, en dicho contexto, se pretenda el reintegro inmediato del niño en favor de la progenitora, quien no logró reunir las condiciones para garantizar el cuidado de su hijo. En consecuencia, no se deben amparar los derechos alegados, por cuanto en sede de homologación se escuchó a la progenitora y se adelantó de oficio las solicitudes de pruebas que se consideró necesarias; y (iii) explicó que el derecho a tener una familia y no ser separada de ella implica que, en tal marco se materialice el bienestar del niño, “cuando la familia cuenta con las condiciones psíquicas y materiales para ejercer su rol de manera garante y consistente, cosa que no se ha logrado probar dentro del proceso por parte de la peticionaria, incluso la exploración de familia extensa que se encuentra en el expediente no

dio resultados favorables y fue precisamente esa situación la que desembocó en la declaración de adoptabilidad”.

1. A su turno, señaló que se opone a la acción de tutela en virtud de que, por mandato de la ley, una vez en firme la declaración de adoptabilidad se produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad y, con ello, surge para el niño la posibilidad de que otra familia pueda acogerlo bajo la figura de la adopción por lo que mantener los vínculos con la familia de origen solo causaría mayor dificultad y duelo para el niño.

1. Finalmente, cuestionó la mayoría de los hechos propuestos en la acción de tutela y propuso considerar lo siguiente. En primer lugar, (i) que el niño con 13 días de nacido fue llevado por su hermanastro al Hospital \*\*\*, en donde se advirtió que tal contaba con un riesgo social alto pues su madre, para dicho momento, seguía hospitalizada y es allí donde este caso se pone en conocimiento del ICBF35. De otra parte, (ii) no es cierto que los niños puedan permanecer en un centro zonal, sino que cuando no pueden ser ubicados con familiares se asigna el correspondiente hogar sustituto, “tampoco es cierto que el niño se enfermara frecuentemente, el niño cuenta con diagnósticos y ha recibido de manera constante la atención en salud que ha requerido, esta acusación ya se había realizado y se aclaró en respuesta brindada a la accionante en fecha abril 30 de 2019”. Por último, (iii) se consideró que no era cierto que no se hubiere dado respuesta a las solicitudes radicadas pues ellas fueron suministradas, en los términos exigidos por la ley36.

1. Con fundamento en esto, solicitó estudiar el artículo 44 de la Constitución Política y las Leyes 1098 de 2006 y 1878 de 2018, conforme a las cuales consideró que debían ser desvinculados del trámite y, en consecuencia, ser eximidos de toda responsabilidad, pues el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá– Centro Zonal \*\*\* no ha vulnerado derecho fundamental alguno. Por el contrario, se adelantó un proceso administrativo de restablecimiento de derecho correspondiente, en donde la accionante ha presentado diferentes peticiones y siempre se la brindado un acompañamiento. En

consecuencia, precisó que no porque la decisión de homologación hubiese sido desfavorable a la accionante, se puede concluir que existió vulneración de derechos.

Procuraduría \*\* Judicial II para la Infancia y Adolescencia, la Familia y las Mujeres

1. El 2 de noviembre de 2022<sup>37</sup>, después de hacer referencia a los antecedentes y a las pretensiones de la acción de tutela, indicó que dicha Procuraduría -previo al amparo interpuesto- realizó diferentes medidas tendientes a acompañar a la accionante, en tanto así lo solicitó al pretender el retorno de su hijo al hogar. Por ello, ante esta manifestación se remitió tal información al Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, no obstante lo cual, en la audiencia del \*\* de septiembre de 2020, se declaró al niño en situación de adoptabilidad. Afirmó que la accionante continuó efectuando solicitudes para el retorno de su hijo biológico, al advertir que ya había superado su condición mental. Por lo cual, en este contexto, solicitó escuchar a la accionante y los soportes que tiene, conforme a los que no comparte la declaratoria de adoptabilidad efectuada, al advertir que ella está calificada para ejercer su rol materno. Con fundamento en ello, el \*\* de enero de 2022, solicitó al juzgador a cargo del proceso que: (i) escuchara a la solicitante para que expusiera, en el marco de un interrogatorio de parte, las razones sobrevivientes que soportan su solicitud; (ii) se verificaran las condiciones de vivienda de la accionante en una vista efectuada por la trabajadora social; y (iii) se requiriera de ella que aporte todas las pruebas que demuestran su idoneidad psicológica para el efecto. No obstante lo anterior, al final de la intervención se adujo lo siguiente:

“El I.C.B.F. regional Bogotá, fue la oficina que remitió el caso a los Juzgados de Familia, para Homologación, correspondiendo al juzgado 5 de Familia, según el radicado de la referencia.

Así mismo se informa a su H. Despacho, que en los primeros días de enero de 2022, la señora GLADYS, se comunicó telefónicamente con esta Procuraduría, a quien se le informó en

qué despacho judicial se encontraba el caso de la referencia, para la homologación.

Se le informó de manera reiterada, que ante dicho despacho debía presentar oportunamente todos los comprobantes que tuviese, con respecto al cumplimiento de compromisos adquiridos ante el I.C.B.F. C.Z. \*\*\* para el reintegro del N.N.A., al igual que informar su dirección, teléfono y correo electrónico actualizados.

Igualmente se orientó telefónicamente a la citada señora, que podía presentar escritos ante el citado juzgado 5º de Familia de Bogotá, explicando las razones por las cuales se encontraba inconforme con el trámite administrativo del P.A.R.D. Así mismo se le informó por teléfono a la señora GLADYS, el nombre y el correo electrónico de la Procuradora Judicial designada para intervenir ante el Juzgado 5 de Familia de Bogotá, al igual que se le informó a la usuaria, en forma reiterada, el número del proceso de la homologación”.

1. Por último, respecto a las pretensiones de la acción de tutela, adujo que se debían revisar la actuación de restablecimiento de derechos tramitada por el Centro Zonal de \*\*\* del ICBF y la decisión de homologación adoptada, con el fin de determinar si es procedente o no anular dicho proceso. Para ello, en todo caso, se debe tener en consideración el principio de interés superior del menor (art. 8º del Código de Infancia y Adolescencia); ponderar los derechos del citado niño a la unidad familiar con la madre accionante, valorando la presunción a favor de la familia biológica (T-502 de 2011); y el material probatorio obrante en la actuación, con respecto a si la familia biológica, en especial de la madre y accionante, para determinar si acreditó en los trámites administrativos el cumplimiento de las exigencias para el retorno del niño o si, por el contrario, esto no se dio.

1. Para adoptar dicha determinación, solicitó valorar los criterios relevantes asumidos en la sentencia T-502 de 2011, en la que se adujo que en las medidas de restablecimientos en favor de niños, niñas y adolescentes se debe considerar: (i) la existencia de una lógica de

gradación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas medidas de restablecimiento de derechos en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño.

## A. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

1. El \*\* de noviembre de 2022, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó el amparo de los derechos alegados, al considerar que, después de revisar el expediente digital de restablecimiento de derechos en favor del niño, es posible advertir que no se configuró una violación de los derechos alegados. Por el contrario, explicó que “el trámite del proceso antes referido, se cumplió a cabalidad, y dio como resultado el restablecimiento de los derechos del mismo, se ordenó la homologación del auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre de 2020, a través del cual se le declaró en estado de adoptabilidad y como medida definitiva el restablecimiento de sus derechos, decisión que se advierte se adoptó con el lleno de las garantías constitucionales fundamentales de las partes, y la progenitora tuvo la oportunidad de intervenir en el asunto, dado que desde el inicio del proceso solicitó el reintegro de su hijo al núcleo familiar, sin embargo, la decisión cuestionada no es caprichosa, sino que fue debidamente fundamentada en todo el material persuasivo aportado que consta en el trámite adelantado en el ICBF”.

1. Incluso, adujo que de las actuaciones del juzgador se podía concluir que no existía un escenario óptimo que pudiera garantizar los derechos del niño por lo que resultaba inviable ordenar el reintegro del niño a la familia. Con mayor razón, al considerar que tampoco existe

familia extensa del mismo que fuera garante de sus prerrogativas fundamentales, menos lo han sido, para los distintos niños pertenecientes a la familia, que al igual que Juan, han sido declarados en estado de adoptabilidad. Además, cuestionó que la accionante para su enfermedad afectiva bipolar con síntomas psicóticos no esté tomando sus medicamentos, lo cual implica un incumplimiento de las exigencias que se le han requerido. También, adujo que debe valorarse la existencia de una investigación penal fundada en que el señor Raúl es el progenitor de la tutelante y, a su vez, presuntamente padre del menor de edad:

“(…) lo que lo convierte concomitantemente en progenitor y abuelo del menor (sin) producto de una relación incestuosa con su hija, suceso que, según las pruebas obrantes en el expediente, niega la señora Gladys al ver al señor Raúl como su pareja sentimental y no como su padre, pese a que su registro civil de nacimiento vislumbra ese parentesco paterno filial, circunstancia que igualmente fue advertida por el equipo interdisciplinario del a quo en informe de valoración rendido el 18 de noviembre de 2019 donde se manifestó que “el padre del niño Juan es el señor Raúl, es decir, que se presentaría nuevamente presunto abuso sexual, incesto, hacia la señora Gladys y vínculo conyugal con él”.

1. Por ende, concluyó que la decisión controvertida del juzgador estuvo debidamente motivada y se sustentó en que la madre del menor de edad no puede ser considerada como garante de derechos, “sumado al riesgo social advertido desde el inicio del proceso administrativo, atendiendo los padecimientos familiares y mentales que la sufre la progenitora del menor de edad y sobre el cual no ha tenido tratamiento que permita su control y mejoría, decisión que siendo tomada por el Juez natural del asunto que no puede ser discutida por el Juez de tutela por este mecanismo preferente y sumario, máxime cuando se advierte que la decisión no obedeció al solo capricho del Juez de Familia encartada, sino a la finalidad de proteger el interés superior del niño involucrado en el asunto”.

1. De otra parte, explicó esta providencia que tampoco puede considerarse como “irracional” la decisión cuestionada, por cuanto del análisis de todas las actuaciones desplegada por el

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no se advierte interés por parte de la familia extensa materna, pues las personas referenciadas como red de apoyo son ajenas a su familia materna y, si bien la accionante manifestó un interés en hacerlo, no se superaron los motivos por los cuales el niño entró a un procedimiento de restablecimiento de derechos. Así, sobre la protección a la familia citó la sentencia T-510 de 2003, en donde la Corte concluyó que se requerían de razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones filiales, por lo que las medidas que impliquen separar a los niños, niñas y adolescentes de sus padres deben fundarse en argumentos que sustenten porque la familia no puede cumplir con sus funciones básicas, derivadas del interés superior del niño. En efecto, adujo que con fundamento en ello tales razones estaban acreditadas en el presente caso y, por ello, no se configuró ningún defecto específico de procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial controvertida.

#### Impugnación presentada por Gladys

1. El \*\* de noviembre de 2022, la actora presentó impugnación contra la anterior providencia, en la que indicó que ha venido demostrando con pruebas que: (i) ha estado al pendiente de su cuidado, salud y del de su hijo; (ii) se debe valorar que la accionante está en óptimas condiciones psicológicas, afectivas, emocionales y psicológicas para estar al cuidado de su hijo menor; y (iii) no ha cometido ninguna falta contra él. Por el contrario, ha mostrado un interés de recuperarlo. Además, adujo que, después de estar hospitalizada en el Hospital Materno Infantil fue remitida al Hospital Victoria, en donde permaneció hospitalizada y en el que afirma que la trabajadora social le indicó que podía reclamar al niño en tanto terminara su tratamiento. Por otro lado, adujo que nunca existió información clara al momento del proceso de restablecimiento de derechos de su hijo y que no comprende la razón por la cual no puede permanecer con él, no obstante ser la madre biológica. Concluyó advirtiéndole que, al presentar diversas peticiones para el reintegro de su hijo, se demostró que ha manifestado su verdadero interés por el menor de edad y su cuidado, por lo cual, el proceso de restablecimiento de derechos carece de fundamento.

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

1. El \*\* de noviembre de 2022, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la providencia impugnada, al advertir que la acción de tutela contra providencia judicial es excepcional. Sin embargo, al analizar el amparo presentado, adujo que “observa la improcedencia de la protección y la consecuente confirmación de la sentencia impugnada, toda vez que la decisión reprochada obedece a un criterio razonable y por tanto no configura defecto específico de procedibilidad con la fuerza suficiente para quebrantarla”. En consecuencia, la razón que sustentó la decisión del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá es acorde con la realidad procesal, descrita por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde después de analizar distintos medios probatorios<sup>38</sup> concluyó lo siguiente:

“que el menor no contaba con las condiciones idóneas de protección de sus derechos, sino que se hallaba en un estado de descuido y confusión familiar que no se acompasa con ese interés superior y prevalente que le ha sido constitucionalmente reconocido a los niños, niñas y adolescentes, negligencia que estaba siendo materializada en el desconocimiento de su derecho a la personalidad jurídica, a una oportuna atención en salud, a la calidad de vida y a un ambiente sano, a la protección contra riesgos prohibidos, de ahí que, resulta evidente es que la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar obedece exclusivamente a la negligencia que la progenitora y toda la familia extensa venían exhibiendo frente a la garantía integral de los derechos del pequeño, conducta que, por lo demás, se mantuvo durante el trámite de restablecimiento adelantado en favor de aquel, y sea de paso indicar, no cesará dadas sus condiciones biológicas”.

1. Además de que, frente a la salud mental de la accionante, se explicó que sí valoraron las pruebas aportadas, pero concluyó la providencia controvertida que no se había demostrado la continuidad del tratamiento médico<sup>39</sup>. Además, en la providencia cuestionada se hizo un análisis de las circunstancias familiares, las que impedían revocar la decisión de declarar en adoptabilidad al menor de edad, tales como la relación entre la accionante y su padre, quien al parecer es también el papá del niño. En consecuencia, consideró el juzgador de instancia

que la accionante no era garante de los derechos del niño, pues no se evidenció una red de apoyo, ya que las personas señaladas por la peticionaria, Juana y Simón, “rindieron testimonio en audiencia del 7 de junio de 2022 negando tajantemente su parentesco con Gladys, pese a que los registros civiles de nacimiento de todos evidencian lo contrario, y así mismo comparten el nombre de pila “\*\*\*\*” y el apellido paterno”. En dicho sentido, explicó que, al margen de la intención de recuperar al niño, no se demostró un verdadero cambio en las condiciones que dieron lugar al proceso de restablecimientos de derechos en favor del niño.

1. Así, concluyó que “la pretensión invocada a través de este mecanismo constitucional no resulta de recibo, porque la actuación criticada no desencadena en amenaza o vulneración a la garantía esencial invocada, en tanto que, contrario a lo sostenido por la solicitante, la actuación se fundamenta en razonamientos que demuestran adecuada valoración probatoria y de la normativa aplicable, lo cual hace parte de los principios de autonomía e independencia judicial que inhiben al juez constitucional para inmiscuirse en el asunto”. De modo que, como así se ha explicado en diferentes oportunidades, cuando la providencia censurada cuenta con el suficiente respaldo jurídico, la tutela no se debería abrir paso, por cuanto no constituyen un defecto específico de tutela contra providencias judiciales las discrepancias con las interpretaciones normativas y las conclusiones probatorias. Por lo cual, no son de recibo los cuestionamientos de la accionante, con mayor razón si se tiene en consideración su participación en el proceso: “en las actuaciones adelantadas en el Proceso de Restablecimiento de Derechos criticado, se advierte el respeto por los derechos fundamentales de la madre del menor, aquí accionante, quien intervino en las actuaciones judiciales, razón por la cual no puede alegar el desconocimiento del trámite impartido, el que además, para esta Sala, se torna razonable, pues se dio prevalencia al interés superior del menor, lo que llevó a la autoridad judicial a homologar la declaratoria de adoptabilidad (...)”.

## I. CONSIDERACIONES

## A. COMPETENCIA

1. La Sala Quinta de Revisión es competente para conocer de la presente acción de tutela, según lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del auto del 28 de febrero de 2023<sup>40</sup> proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de este tribunal, la cual decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

## A. CUESTIONES PREVIAS -PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-

1. La Corte Constitucional ha estructurado una línea jurisprudencial uniforme en materia de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dicha labor ha tomado en consideración la importancia de lograr un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales<sup>41</sup>. La sentencia C-590 de 2005 sistematizó y unificó los criterios que venía aplicando la jurisprudencia constitucional para efectos de definir si procedía o no la acción de tutela contra una decisión judicial. Para ello, estableció un listado de exigencias de procedencia, a saber: (i) los requisitos generales de procedencia, de naturaleza procesal; y (ii) las causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

1. Así, previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a: (i) la legitimación por activa y por pasiva; (ii) la relevancia constitucional del asunto; (iii) el agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa; (iv) la observancia del presupuesto de inmediatez; (v) que los actores hubieran identificado los hechos que dieron origen a la violación y que, de haber sido posible, se hubiere alegado oportunamente tal cuestión en las instancias y; finalmente, (vi) que la sentencia impugnada no sea producto de un proceso de tutela.

Procedencia de la acción de tutela. Verificación de requisitos generales de procedencia en el caso concreto

1. Legitimación por activa: La accionante interpuso acción de tutela, actuando en nombre propio, lo cual es acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política<sup>42</sup> que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. A su vez, afirmó la accionante que se debía garantizar el derecho de su hijo biológico a tener una familia y no ser separada de ella. Al respecto, esta Sala recuerda que la legitimación de derechos de menores de edad, puede ser ejercida por cualquier persona en aras de garantizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Por lo cual, la Sala considera que en el presente caso se encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa.

1. Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue interpuesta contra la declaratoria de adoptabilidad que fue homologada por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá que como, autoridad pública, resulta demandable en un proceso de tutela, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991, en la sentencia C-590 de 2005 y en la jurisprudencia uniforme de esta corporación. Dicha decisión podría potencialmente derivar en la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la accionante (ver supra, numeral 1), por lo cual, considera esta Sala que en el presente caso se evidencia cumplido el requisito procesal de legitimación por pasiva.

1. Relevancia constitucional: El asunto sometido al análisis de esta Sala de Revisión cuenta con relevancia constitucional toda vez que, además de la presunta vulneración al debido proceso, contradicción e información, se fundamenta en el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, el cual es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes,

previsto en el artículo 44 de la Constitución. En tal sentido, la discusión se centra en determinar si la declaratoria de adoptabilidad estaba justificada o si, por el contrario, la providencia controvertida incurrió en un defecto al homologarla. En consecuencia, en los términos propuestos en la sentencia SU-214 de 2022<sup>43</sup> se considera que: (a) la controversia versa sobre un asunto constitucional y no sólo legal, pues el debate se refiere al derecho fundamental enunciado; (b) relacionado con el contenido y alcance del derecho a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44 de la Constitución); y (c) no busca reabrir un debate de contenido legal.

1. Agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios de defensa: La Sala observa que se satisface el requisito de subsidiariedad por cuanto la providencia judicial atacada fue dictada en un proceso de única instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 119.1 de la Ley 1098 de 2006 y 21.18 del Código General del Proceso. Además, la accionante agotó todos los medios administrativos y judiciales existentes para recuperar la custodia de su hijo, no obstante lo cual, como lo explican estas disposiciones, contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno.

1. Inmediatez: El presupuesto de inmediatez implica que la acción de tutela se interponga en un término razonable desde la afectación del derecho<sup>44</sup>. En el caso concreto, la acción de tutela fue interpuesta el 19 de octubre de 2022, mientras que la providencia de homologación que se cuestiona mediante la presente acción de tutela fue dictada el 26 de septiembre de 2022. Es decir que transcurrió menos de un mes desde el momento en el que se consumó la presunta afectación de los derechos fundamentales de la accionante y la interposición de la tutela estudiada. Por ende, esta Sala de Revisión considera que el tiempo acaecido entre la providencia que originó el presente trámite y la interposición de la acción de tutela es razonable.

1. Que la parte accionante hubiere identificado razonablemente los hechos generadores de la vulneración, los derechos que se vieron comprometidos y se haya alegado en el proceso

judicial tales circunstancias: Si bien la accionante no fue precisa en las circunstancias que dieron lugar al proceso de restablecimiento de derechos y los cuestionamientos, en general se puede advertir que lo controvertido se funda en el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, respecto de lo cual ha manifestado la voluntad de mantener al cuidado de él, en el marco del proceso que culminó con la homologación de la adoptabilidad. Por lo anterior, respecto de este argumento se acredita la procedencia de la acción de tutela y en este marco se analizará la vulneración de los demás derechos fundamentales cuestionados, tales como el debido proceso.

1. Que la sentencia impugnada no sea de tutela. La sentencia cuestionada es, como ya se dijo, producto de un proceso de homologación de adoptabilidad ante el juez de familia (arts. 100, 108, 119.1 y 123 de la Ley 1098 de 2006), por lo cual, no se trata de un asunto propio de impugnación de una sentencia de tutela.

1. Tras la verificación del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia, procede esta Sala de Revisión a plantear el problema jurídico, metodología y estructura de esta decisión.

#### A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Con fundamento en los hechos planteados en la sección I de esta decisión, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si ¿el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, con ocasión de la sentencia que homologó la declaratoria de adoptabilidad del menor de edad, incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución o, por el contrario, se trata de un caso en donde tal declaratoria estaba debidamente soportada en el interés superior del niño y justificado en los parámetros jurisprudenciales desarrollados para valorar el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, lo cual no excluye, como último recurso, la declaratoria de adoptabilidad?.

1. Con la finalidad de resolver el referido problema jurídico, la Sala se referirá a (i) el defecto específico por violación directa de la Constitución (Sección D). A continuación, aludirá a (ii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a tener una familia, no ser separada de ella, con especial énfasis en la adopción como medida de restablecimiento de derechos (sección E). Finalmente, se resolverá si la decisión judicial cuestionada incurrió en el defecto alegado por la accionante (Sección F).

#### A. EL DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. Reiteración de jurisprudencia

1. En relación con el defecto por violación directa de la Constitución, el mismo encuentra fundamento en el valor normativo que tienen los preceptos superiores. Así, una decisión puede ser cuestionada a través de la acción de tutela, cuando esta desconoce o aplica de manera indebida dichos mandatos constitucionales, por lo que se trata de un defecto autónomo y específico. El defecto por violación de la Constitución puede configurarse, por ejemplo, cuando la autoridad manifiestamente inaplica una norma ius fundamental al caso concreto<sup>45</sup> (v.gr. ignora por completo principios constitucionales); le da un alcance insuficiente a determinada disposición de la Constitución; o aplica la ley que contraría preceptos superiores, esto es, con desconocimiento de la figura de la excepción de constitucionalidad (artículo 4 Superior)<sup>46</sup>, en aquellos eventos en los cuales esta sea procedente<sup>47</sup>.

1. Sobre la prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes, como un defecto por violación directa de la Constitución. En este contexto, la Corte se ha pronunciado sobre el desconocimiento de los derechos de los niños y ha indicado que el análisis en los casos que involucren sus derechos debe ser muy cuidadoso y valorar las puntuales circunstancias que dieron origen a la declaratoria de adoptabilidad. En esa línea, la sentencia T-510 de 2003

explicó que en este tipo de procesos “en los cuales está de por medio la preservación de los derechos de los niños, la Corte debe orientarse ante todo por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor, el cual debe incorporarse como eje central del análisis constitucional”. Sin embargo, aclaró dicha providencia que el interés superior no es un concepto abstracto, sino que la respuesta a la protección de sus derechos prevalentes dependerá de circunstancias reales y relacionales, por lo que sólo puede analizarse desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular: “Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica”. De allí la importancia de analizar con detenimiento los antecedentes de estos procesos y los motivos que, en particular, llevaron a declarar al niño en situación de adoptabilidad.

1. En el mismo sentido, la sentencia T-319 de 2019 reiteró que el interés superior de los niños debe constituir el eje de análisis, en virtud de que el artículo 44 superior es claro en determinar que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Mientras que, el tercer inciso enfatiza que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Por lo cual, como base de análisis del supuesto defecto alegado por violación directa de la Constitución, se debe considerar que en los procesos referidos al restablecimiento de derechos el eje está en la protección de los niños, niñas y adolescentes.

1. En efecto, ha explicado la Corte Constitucional que las autoridades que conocen casos en donde estén de por medio los derechos de los niños, niñas y adolescentes “-incluyendo a las autoridades administrativas del ICBF y a las autoridades judiciales, en especial los jueces naturales y los de tutela- en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, deben propender por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a los criterios jurídicos relevantes, y

una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que los rodean”<sup>48</sup>. Esto, además, es un mandato que se deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>49</sup>, dado que en los artículos 3.1 y 3.2 todas las instituciones, los tribunales y las autoridades administrativas o los órganos legislativos en todas las medidas que afecten a los niños deben atender, de forma primordial, al interés superior del menor de edad y asegurar su protección, cuidado y bienestar.

#### A. EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADA DE ELLA: LA ADOPCIÓN COMO MEDIDA EXCEPCIONAL DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. Reiteración de jurisprudencia

1. El artículo 44 de la Constitución dispone como un derecho fundamental de los niños el de “tener una familia y no ser separado de ella”. En el mismo sentido, la protección de la familia fue contemplada en el artículo 11.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que indica que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada o en su familia. En este marco, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado a sobre este derecho y sus manifestaciones, como parámetros de análisis de cada caso, como se expone a continuación.

1. Línea jurisprudencial aplicable a la aplicación del interés superior de niños, niñas y adolescentes, en casos de la declaratoria de adopción como medida excepcional de restablecimiento de derechos. La sentencia T-093 de 1993 conoció una acción de tutela dirigida a cuestionar la declaratoria de adoptabilidad de un niño. Explicó este tribunal que el interés superior debe considerarse en cualquier intervención del Estado y que “[u]na comunidad que no cuida de sus niños está condenada a la decadencia o a su propia destrucción”. En consecuencia, siendo el constituyente consciente de esta realidad previó “la intervención del Estado en el ámbito de la familia para prevenir y conjurar situaciones de peligro o abandono del menor”<sup>50</sup>. De manera que, en el marco de estos procesos, debe analizarse con detenimiento el deber de recepción de los padres, el cual implica no sólo la

relación biológica, sino ante todo desplegar una serie de actuaciones tendientes a proteger al niño, niña o adolescente y en caso de su incumplimiento es posible que el Estado intervenga en la relación familiar<sup>51</sup>. Por ello, explicó este tribunal lo siguiente:

“El fin que debe perseguir la declaración administrativa de la situación de abandono no puede desviarse hacia la protección de otros intereses que no sean los del menor. En tal virtud, la medida adoptada debe necesariamente consultar la realidad fáctica, ponderar si realmente existe la situación de abandono, o si ésta es meramente transitoria o circunstancial, si hay desafecto o desapego de los padres por el menor, y si el menor carece de las condiciones materiales y espirituales para su subsistencia, cuidado y desarrollo integral. Además, dicha medida debe guardar una estricta correspondencia entre los hechos y circunstancias que le sirven de causa y su finalidad. En otros términos, la declaración de abandono debe obedecer a un juicio valorativo objetivo y razonable; por lo tanto, la decisión debe ser el resultado de un juicio de equilibrio en provecho de la menor y no simplemente el producto de un procedimiento mecánico y formal afirmativo de la legalidad y la competencia”<sup>52</sup>.

1. Con todo, desde un inicio, ha explicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional que “por encima del dolor moral que infortunadamente le causa su ausencia” a un padre o una madre, “está el derecho prevalente de la menor a gozar de un ambiente en el cual pueda crecer sanamente” <sup>53</sup>. En ese sentido, concluyó la Corte que los niños tienen derechos a vivir en una familia y que, ello, en el marco de un estado pluralista, comprende los lazos naturales y afectivos. Sin embargo, se adujo que “no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia -como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional”<sup>54</sup>.

1. La sentencia T-587 de 1998 hizo explícito que la adopción o su posibilidad, en ciertos casos, es la materialización del derecho fundamental del niño a tener una familia. De esta forma, concluyó en el caso de una niña que había sufrido violencia en el marco de sus relaciones biológicas y quien buscó al Estado para este fin, que negar la adopción a quien cumple los criterios para ello también puede desconocer dicho derecho fundamental, en tanto su historia estuvo marcada no sólo por el maltrato de sus familiares, sino también, por la negligencia e inoperancia de las entidades públicas encargadas de proteger sus derechos, que han acentuado su soledad ante un intento fallido de una adopción previa y la negativa de una segunda adopción, la cual podría ser su última oportunidad de materializarlo<sup>55</sup>.

1. De esta manera, en la mencionada sentencia enfatizó este tribunal que toda decisión de adopción debe fundarse en el interés superior del niño<sup>56</sup>. En consecuencia, la declaratoria de adoptabilidad según las precisas circunstancias del caso no necesariamente desconoce el derecho de los niños a tener una familia y no ser separada de ella, por cuanto cuando los padres no pueden garantizar los derechos prevalentes de los niños “no resulta viable impetrar la tutela para la supuesta protección de derechos cuyo goce se encuentra debidamente asegurado, ni siquiera so pretexto de la ruptura de la unidad familiar, que en las circunstancias anotadas es inevitable en aras del bienestar de dichos menores (...)”<sup>57</sup>.

1. En similar sentido, la sentencia T-1400 de 2000 se pronunció ante el cuestionamiento del derecho a tener una familia y no ser separada de ella, por la declaratoria de adoptabilidad decretada por la autoridad administrativa y su homologación, con fundamento en el estado crónico de alcoholismo de sus progenitores y el abandono en que se encontró al niño, quien sufría de estado de desnutrición crónica. Sin embargo, se negó el amparo solicitado por cuanto se compartieron las conclusiones de los jueces de instancia “cuando señalan que la declaratoria de abandono obedeció a un juicio valorativo, objetivo y razonable de las pruebas que obran en el expediente”.

1. Explicó, en esa misma dirección, la sentencia T-1399 de 2000 que ante de la pregunta

sobre qué debe hacer el Estado cuando la afectación de derechos fundamentales se presenta dentro de la propia familia y la Constitución dice que existe un derecho a no ser separada de ella, “[l]a respuesta la da la propia Constitución al hacer prevalecer el interés superior del menor (art. 44 citado)”. Entonces, se explicó “si por razones de la prevalencia de tales derechos debe separarse al menor de su familia, tal decisión sólo podrá producirse mediante la intervención del Estado, sea de naturaleza administrativa o judicial”. Esta solución encuentra sustento en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos de los niños, que plantea que los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de ellos, “excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

1. Asimismo, en la sentencia T-671 de 2010 este tribunal avaló la declaratoria de adoptabilidad<sup>58</sup> en un caso en donde se encontraron varios niños pertenecientes a una misma familia, al cuidado de la abuela y el compañero permanente de ella, dado que la madre de los menores había muerto y ellos sufrían de maltrato físico<sup>59</sup>, psicológico al ser -entre otros- golpeados con ortiga, ser víctimas de negligencia, descuido e incluso respecto de quienes podría haber existido acto sexual en contra de algunos de ellos. Con base en dicha situación, se señaló que dando aplicación a diversos criterios jurídicos, como el artículo 44 de la Constitución y las disposiciones de derecho internacional, se debe efectuar una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al niño involucrado, en donde se debe identificar: (i) la garantía de su desarrollo integral; (ii) la conservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor de edad; (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (vi) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el niño, niña o adolescentes respecto del asunto a decidir<sup>60</sup>.

1. En consecuencia, en este caso se señaló que en virtud del derecho a tener una familia y no

ser separada de ella se requiere de la existencia de “razones poderosas que justifiquen la intervención estatal en las relaciones familiares de crianza del menor”<sup>61</sup>. Lo anterior, ha surgido como respuesta a la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, explicó la sentencia T-502 de 2011 “las medidas estatales de intervención en la vida familiar únicamente pueden traer como resultado final la separación del niño de su familia, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con el niño, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico”<sup>62</sup>.

1. Particularidades en el análisis de las medidas de restablecimiento de derecho frente a la aplicación del interés superior del menor de manera diferenciada en el caso de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Así lo explicó la sentencia T-851A de 2012, al señalar que distintos instrumentos internacionales han referido los cuidados especiales que ellos requieren lo que, además, refuerza las obligaciones del Estado en tales eventos<sup>63</sup>. Además, en el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006 se estipularon los derechos en favor de los niños en situación de discapacidad, entre los cuales está su respeto por la diferencia y el disfrute de su vida digna en condiciones de igualdad, así como recibir diagnóstico, tratamiento para sus condiciones de salud y de las acciones para reducir la vulnerabilidad.

1. No obstante, en el caso en el que existe desprotección y abuso es posible separarlo de su familia, para lo cual “cuando se evidencian posibles irregularidades en la conducta de los padres hacia sus hijos, la Corte ha señalado que el operador jurídico debe: (i) actuar con cautela, prudencia y cuidado en la elección de las fórmulas más convenientes para preservar los derechos de los menores; y (ii) velar para que la intervención de la sociedad y del Estado no genere un daño superior al que hubiese sido causado por sus progenitores”<sup>64</sup>.

1. Según ha explicado la jurisprudencia constitucional las medidas de restablecimiento de derechos contempladas en la Ley 1098 de 2006 están determinadas por el interés superior<sup>65</sup>, pero deben responder a una lógica de gradación:

“Así las cosas, la adopción de medidas de restablecimiento de derechos (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, en hogar de paso o sustituto llegando hasta la adopción), debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.

En este orden de ideas, el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de gradación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente”<sup>66</sup>.

1. Al respecto, la sentencia SU-180 de 2022 se refirió al carácter extraordinario de la declaratoria de adoptabilidad y explicó, con sustento en la jurisprudencia de este tribunal, que no cualquier circunstancia tiene la virtualidad de justificar la separación de un niño de su núcleo familiar, sino que, por el contrario, la drástica intervención del Estado debe estar justificada en la existencia de riesgos para la vida, la salud, la integridad física del niño; el abuso físico, sexual o psicológico en la familia y las circunstancias fijadas en el artículo 44 de la Constitución, frente a las cuales el Estado y la sociedad deben dar protección al niño, por haber sido abandonado, sufrir violencia física, sexual, psicológica o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

1. Por lo anterior, el Estado debe desplegar todas las actuaciones que estén a su alcance para lograr que el niño se pueda desarrollar dentro determinado núcleo familiar “pero, en los eventos en los que ello no sea posible, el ordenamiento jurídico ha previsto que la institución de la adopción surge como excepción y garantía de los derechos de los niños a tener una

familia”. Además, según se explicó existen un conjunto de circunstancias que no pueden ser consideradas como suficientes para declarar a un niño en situación de adoptabilidad: “(i) el hecho de que la familia biológica se encuentre en situación de pobreza; (ii) que los miembros de la familia biológica no cuenten con educación básica; (iii) que los integrantes de la familia biológica hayan mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al niño; o (iv) que los padres o familiares tienen mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar)”. Por tanto, concluyó sobre este tema la referida sentencia de unificación que “la adopción se constituye en una medida de protección de ultima ratio de los derechos de los niños que, por ser excepcional, procede únicamente en los eventos en los que se constata la imposibilidad de que las niñas, niños y adolescentes permanezcan en su núcleo familiar biológico, incluida la familia extensa”.

1. Precedentes que han aplicado las reglas señaladas en las siguientes situaciones concretas. Entre los casos conocidos por la Corte Constitucional, se ha concluido que no había lugar a declarar un defecto en la declaratoria de adoptabilidad<sup>67</sup> y su homologación por el juez de familia, en los siguientes supuestos concretos: (i) cuando existe riesgos de violencia sexual en detrimento de los derechos del niño, niña o adolescente y negligencia de los familiares en evitar dichos episodios<sup>68</sup>; (ii) cuando, pese a la existencia de posible familia extensa, se comprobó que tales ofrecían las condiciones para la garantía del ejercicio pleno de sus derechos y desarrollo integral, al estar expuestos a factores de riesgo o incumplir los compromisos requeridos para el efecto<sup>69</sup>; (iii) se demuestre que los encargados del cuidado personal del niño, niña o adolescente no reúnan las exigencias para hacerlo, no sean garantes de derechos<sup>70</sup> o sean negligentes<sup>71</sup>; y (iv) en aquellos eventos en los que se acredite que los cuidadores no cuentan con herramientas para el ejercicio del cuidado del niño<sup>72</sup>, en virtud de lo cual el niño puede enfrentarse a riesgos y ello se encuentra debidamente soportado por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro y se soporta en el interés superior del niño, niña o adolescente<sup>73</sup>.

1. En sentido contrario, se han declarado defectos específicos o irregularidades en la

declaratoria de adoptabilidad cuando: (i) se demuestra una afectación al debido proceso, por no haberse valorado la existencia de familia extensa que pudiera estar al cuidado del niño, previo a la declaratoria de adoptabilidad<sup>74</sup>; por no haber garantizando la vinculación de los padres de dos niñas indígenas al proceso de restablecimiento de derechos<sup>75</sup>, quienes no hablaban español y además se encontraban en situación de desplazamiento<sup>76</sup> ; (ii) al no haberse decretado el material probatorio suficiente para establecer si la declaratoria de adoptabilidad estaba plenamente soportada y justificada<sup>77</sup>; (iii) por haberse comprobado que, no obstante la oposición realizada a la declaratoria de adoptabilidad, no se falló de fondo el proceso de homologación ante el juez de familia por un exceso ritual manifiesto lo cual podía restringir el derecho del niño a tener una familia<sup>78</sup>; (iv) por cuestionar la interpretación, que en el marco del proceso de homologación ante el juzgador, concluyó que no existía competencia para continuar con el proceso de restablecimiento de derechos por haberse excedido el término dispuesto, pese a que ello afectaría desproporcionadamente el interés superior del menor de edad<sup>79</sup>; y (v) por sustentar la declaratoria de adoptabilidad y la homologación en razones que, en principio, son constitucionalmente superables tales como la supuesta discapacidad de la madre o la carencia de recursos económicos, sin que antes el Estado brindara un apoyo para evitar la separación familiar<sup>80</sup>.

1. Al respecto, la sentencia T-510 de 2003 explicó lo siguiente: “[n]i la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres”. Así, lo concluyó al estudiar un caso en donde se analizó el consentimiento de la madre en un proceso de adopción. En donde, además, se explicó que existen razones de diverso tipo para analizar la idoneidad de determinado grupo familiar, como:

i. Aquéllas que su simple acreditación justifica la separación del núcleo familiar, por existir riesgos a la vida, la integridad del niño, la salud, la existencia de antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, así como todas las circunstancias y riesgos dispuestos en el artículo 44 de la Constitución.

i. Existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones, tales como hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto.

i. Existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica: “Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores”.

1. De forma más reciente, explicaron las sentencias T-019 de 2020 y SU-180 de 2022 que “cualquier argumento que se cimiente en la limitada capacidad económica de la familia biológica para justificar la necesidad de separarla de sus menores, no solo resulta insuficiente para demostrar una real afectación a los intereses del niño, niña o adolescente, sino que se constituye en un criterio sospechoso de discriminación, pues permitiría supeditar la posibilidad de que una familia crie a sus hijos, a los recursos económicos con que cuenten y, de esa manera, no solo se profundizarían las desigualdades sociales existentes, sino que se eliminarían por completo factores a los que el ordenamiento constitucional le ha dado

mayor importancia, como el afecto y el cariño que debe primar en las relaciones de familia”.

1. Conclusión. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44 de la Constitución Política) implica, en principio, un respeto por las relaciones familiares. Sin embargo, el Estado debe intervenir en tales relaciones para conjurar situaciones de peligro o riesgo de los menores de edad, atendiendo su interés superior de acuerdo con la valoración de las circunstancias concretas del caso. En efecto, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 dispone que “[l]os niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código”.

1. Así, en los eventos en los cuales los padres o los familiares no puedan darle la asistencia que ellos requieren y a la que están obligados, le corresponde al Estado asumirlo directamente e, incluso, garantizar su derecho a tener una familia mediante la adopción. Para proceder a ello, en todo caso, debe considerarse que: (i) las medidas de protección deben responder a una lógica de gradación, proporcionalidad entre el riesgo y la afectación de derechos; (ii) la solidez del material probatorio; (iii) la duración de las medidas y las consecuencias en los niños; (iv) que el proceso hubiese garantizado el debido proceso de las partes; y que (v) la declaratoria de adoptabilidad no se funde en razones constitucionalmente inaceptables, sino que respondan a los riesgos concretos en contra de ellos, como pueden ser la violencia (física, sexual y psicológica), acreditar que los padres no son garantes de derechos, son negligentes o que, en general, pongan en riesgo el desarrollo armónico del niño, niña o adolescente.

1. Al respecto, se ha establecido por la jurisprudencia constitucional que “[l]a paternidad y la maternidad exigen un compromiso constante en función del niño, niña o adolescente y, en particular, el deber de recepción en su favor”<sup>81</sup>. Así, se ha explicado que ello comprende una serie de actos continuos en favor del niño y su bienestar<sup>82</sup>. El artículo 14 de la Ley 1098 de

2006 se refiere, en relación con esta dimensión a la “responsabilidad parental”, según la cual existe una obligación inherente, compartida y solidaria del padre y la madre dirigida a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, con el fin de “(...) lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

1. En adición a lo anterior, el artículo 23 de Ley 1098 de 2006 dispone que los niños tienen derechos a que sus padres asuman en forma permanente y solidaria su custodia para su desarrollo integral precisando además que “[l]a obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”<sup>83</sup>. De manera que, en los términos en que se encuentra establecido en la legislación, la crianza y la educación de los hijos constituyen no solo un deber de los padres, sino también un derecho de los menores de edad.

#### A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO. LA AUTORIDAD JUDICIAL ACCIONADA NO INCURRIÓ EN UN DEFECTO POR VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN AL HOMOLOGAR LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD DEL MENOR DE EDAD

1. Como se estableció, le corresponde ahora a este tribunal determinar si el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, al proferir la sentencia que homologó la declaratoria de adoptabilidad de Juan, incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución o, por el contrario, se trata de un caso en donde tal declaratoria está debidamente soportada en el interés superior del niño y justificada en los parámetros jurisprudenciales desarrollados para valorar el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, lo cual no excluye, como último recurso, la declaratoria de adoptabilidad.

1. Definición de los hechos base que dieron lugar al proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad. Se torna relevante aclarar que algunos de los fundamentos fácticos en lo

que se fundó la acción de tutela interpuesta por Gladys no se corresponden con los informes y documentos que soportan el proceso de restablecimiento de derechos. De manera puntual, señala esta Sala de Revisión en el expediente se encuentra acreditado que este proceso inició cuando “Simón, hijo del presunto padre del NNA” acude con el bebé, de 13 días de nacido, al Hospital Materno Infantil, en donde remiten el asunto al sistema de protección por considerar que el niño contaba con un riesgo social alto, en virtud de que la madre permanecía internada en el Hospital Victoria por depresión postparto, mientras que el niño sólo estaba acompañado por su hermanastro. Por lo anterior, en su momento, se cuestionó la red de apoyo. En consecuencia, no es cierto que el inicio del proceso de restablecimiento se fundara en que el bebé no podía permanecer más tiempo en el hospital sin acompañamiento, como si no hubiera salido de dicho lugar<sup>84</sup>.

1. En consecuencia, no es posible atender la primera parte del argumento que parece formular la accionante en el sentido de que el niño fue retirado de su cuidado sin soporte alguno o que esto se fundó en que no podía permanecer más tiempo en determinado hospital, sino que, por el contrario, la primera decisión de las autoridades competentes se soportó en un riesgo social alto probado de abandono, el cual podría afectar los derechos de un niño recién nacido, respecto del cual no había claridad sobre sus posibles cuidadores y se exigía una investigación sobre su situación.

1. Como antecedentes relevantes de esta primera etapa se debe destacar que se encontró que el niño estaba expuesto a una serie de factores de vulnerabilidad, tal como consta en el expediente y el acervo probatorio que demuestra: (i) la ausencia de roles de crianza en sus padres; (ii) el cuidado estaba a cargo de un posible hermanastro joven, de 22 años, por estar la madre en tratamiento de salud mental; y (iii) el no reconocimiento del niño por parte del presunto padre quien, además, se pudo establecer con posterioridad, estaba privado de la libertad por acceso carnal abusivo en contra de una persona incapaz de resistir, esto es precisamente la actora y madre del niño.

1. Análisis del proceso de restablecimiento de derechos que culminó en la declaratoria de adoptabilidad y la posterior homologación, por parte del Juzgado Quinto de Familia de Bogotá. Con el objetivo de analizar los hechos de esta acción de tutela, a la luz de la jurisprudencia constitucional (ver supra, numerales 64 a 85), dividirá la argumentación en cuatro apartes complementarios que sólo tienen como objeto organizar la argumentación sobre el único asunto estudiado en esta providencia. Así, en primer lugar, se referirá al cumplimiento de los parámetros generales identificados como parte de la jurisprudencia constitucional al respecto. En un segundo momento, se indagará en las razones concretas esgrimidas por el juzgador de instancia para determinar si dichas razones son admisibles desde el punto de vista constitucional para, en tercer lugar, verificar si el eje de la argumentación estuvo dado por el interés superior del niño y, finalmente, indagar en la existencia de una vulneración al debido proceso en los términos alegados por la accionante en la acción de tutela. Con fundamento en ello, se acreditará o descartará, según sea el caso, la existencia de un defecto por violación directa de la Constitución.

La decisión de instancia da estricta aplicación a los parámetros generales sobre el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, y realiza una actividad probatoria que permite la identificación de factores de riesgo del menor de edad que conllevaron a la declaratoria de situación de adoptabilidad, seguido de la homologación de dicha decisión por parte de la autoridad judicial accionada

1. En efecto, tras la verificación del proceso de restablecimiento de derechos en favor del menor de edad, es posible concluir que declararlo en situación de adoptabilidad se sustentó en que este mecanismo es una forma de materializar el derecho a tener una familia y, en el caso concreto, constituyó la materialización del interés superior del niño. En efecto, no concurren los escenarios identificados como eventos que desconocen el debido proceso y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

1. A juicio de esta Sala de Revisión, tanto la declaratoria efectuada en dicho sentido como su homologación se sustentaron en: (i) un juicio valorativo, objetivo y razonable que se corresponde con el material probatorio aportado en el expediente, conforme al cual la

separación del menor de edad de su familia se fundó en la necesidad de que creciera en un ambiente armónico acorde en el derecho que le asiste a desarrollar su máxima potencialidad. Por ello, tales constituyen razones poderosas que justificaron la intervención del Estado en las relaciones familiares, tras concluir que su familia no era apta y, por el contrario, de permanecer en ella podía estar expuesto a riesgos prohibidos; (ii) se analizaron sus condiciones de salud, lo cual reforzó la necesidad de cuidado especiales e idoneidad en dicho ejercicio; (iii) se respondió a la lógica de gradación en la determinación de la medida de restablecimiento de derechos; y (iv) los motivos desarrollados en las instancias son constitucionalmente admisibles.

1. En efecto, del análisis del proceso de restablecimiento de derechos se tiene que, antes de la imposición de la adopción, cuando de forma inicial se ordenó que el niño debía estar en un lugar sustituto, también se determinó que la accionante debía someterse a una valoración integral y se impuso la medida de amonestación con curso pedagógico en contra de Gladys con asistencia obligatoria. Como así se explicó de forma previa, esta es una de las medidas de restablecimiento de derechos dispuesta en la ley, que junto con las demás determinaciones del expediente dan cuenta de un minucioso estudio para valorar la situación del niño y su núcleo familiar, con fundamento en lo cual se concluyó que la declaratoria de adoptabilidad protegía de la mejor manera posible el interés superior del menor de edad. Esto no sólo demuestra un estudio detallado del caso, al buscar la incorporación de pruebas relevantes, sino que también se evidencia un esfuerzo consciente de las autoridades administrativas competentes por realizar una gradación de las medidas en favor del niño pues, previo a esta declaratoria, se adoptaron otras decisiones.

1. A juicio de la correspondiente Defensoría de Familia, la valoración del interés superior del niño se impone en este caso y permite cuestionar la confusión que podría experimentar el niño entre los roles de sus padres, quienes al parecer mantienen una relación sentimental, no obstante ser ellos padre e hija. A su vez, como refuerzo de lo anterior, se explicó que el peritaje realizado al señor Raúl -en el marco del proceso penal- demostró un trastorno de la personalidad esquizofrénico que no impidió la comisión consciente del delito sexual en contra

de la accionante, por el cual no sólo está privado de la libertad, sino que producto de ello nació un hijo de ambos. También se indicó que ni la madre del niño o su familia eran garantes de sus derechos, en donde preocupaba la normalización de la relación entre estos familiares. De otro lado, adujo que esta situación era todavía más preocupante al tratarse de un niño con necesidades especiales, que sufre de ataques epilépticos, hipoacusia, problemas de deglución y trastorno psicomotor. En consecuencia, concluyó que el menor de edad requiere de una serie de apoyos que su familia no puede brindar.

1. Por su parte y no obstante la existencia del material probatorio que acreditaba las anteriores conclusiones, el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá asumió una actitud propositiva en el caso. Esto se puede inferir de la realización de una audiencia de recaudo probatorio, en donde escuchó los testimonios de la accionante y de la posible familia extensa y comprobó la existencia de versiones contradictorias sobre la calidad a la que asisten al proceso. Así, en la audiencia del 7 de junio de 2022<sup>85</sup>, los presuntos hermanastros negaron ser familiares del accionante, pero indicaron que podrían apoyar el cuidado del niño. Con ello, se destaca no sólo se garantizó la vinculación de la accionante al proceso, sino que se decretó el material probatorio adicional para establecer si la declaratoria de adoptabilidad estaba plenamente soportada. Incluso, con posterioridad a ello, el juzgador contrastó los testimonios recibidos con pruebas adicionales, como el requerimiento sobre el posible trabajo de la tutelante, respecto del cual comprobó que el supuesto empleador no la conocía. En los términos ya expuestos, esta es una obligación que, en el caso concreto, fue acreditada y denota una actitud activa y diligente del juzgador para materializar el interés superior del niño, como base de cualquier proceso de restablecimiento de derechos, en donde además se indagó por la existencia de familia extensa, lo cual resultó infructuoso.

Tras el análisis y verificación del contexto en el cual se encontraba el menor de edad resulta posible concluir que los motivos en los que se sustentó la declaratoria de adoptabilidad son razonables en términos constitucionales

1. Se deben analizar las razones esgrimidas en la sentencia que homologó la declaratoria de adoptabilidad, con el fin de determinar el sustento de ello y si tales razones son constitucionalmente admisibles. Sobre el primero de estos asuntos, se tiene que la conclusión sobre la valoración del interés superior no sólo atendió a razones abstractas, sino a la valoración integral del material probatorio, referido a la condena penal en contra del presunto padre del menor; el riesgo que existe en contra de Juan por la ausencia de roles paternos y maternos, los que ha llevado a adoptar medidas de restablecimiento en favor de otros niños de la familia; la necesidad de continuidad del tratamiento médico de la accionante<sup>86</sup>; los testimonios sobre el hecho de que el padre del niño sería Raúl, por lo que podría existir un nuevo caso de abuso en contra de la accionante y los dictámenes de Medicina Legal que indican que la familia extensa no es idónea por no ser garante de derechos.

1. De lo anterior, es dado concluir que la intervención del ICBF estaba justificada y que las circunstancias que habían dado lugar a activar los mecanismos de protección en favor del niño no habían sido superadas. También explicó porque tales temas eran relevantes y la manera en la que todo lo experimentado en el núcleo familiar no sólo era confuso para el niño, sino que, la supuesta familia extensa negó el parentesco con la accionante.

1. Con todo, explicó que no existe un verdadero plan para el retorno del niño, las expectativas respecto a su cuidado no son realistas, no atienden sus necesidades especiales e, incluso, como así lo comprobó la visita social el posible lugar de residencia, tal no sería apto. Además, adujo que la supuesta vinculación laboral de la accionante fue descartada por el representante legal de la empresa que, según indicó en la audiencia probatoria, ella misma adujo que era su empleador. Motivo por el cual, precisó que las manifestaciones de la accionante que buscaban el reintegro del niño no estaban acompañadas de la realidad, por cuanto la familia no cuenta con las condiciones psicosociales y habitacionales requeridas para el cuidado del niño.

1. Así, el estudio efectuado se ajusta al marco delimitado por la jurisprudencia constitucional que ha concluido que son acordes con la Constitución las decisiones que se sustenten en la existencia concreta de riesgos prohibidos en detrimento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Además que en este caso no se demostró la existencia de una familia extensa que fuera garante de sus derechos, su desarrollo integral. Por el contrario, se acreditó que los encargados del cuidado personal del niño, niña o adolescente no reunían las exigencias para hacerlo, por no ser garantes de derechos y que, en particular, la accionante por su dramática historia personal no cuenta con las herramientas para el ejercicio del cuidado del niño.

1. En efecto, explicó la sentencia T-510 de 2003 que existen razones para analizar la idoneidad de determinado grupo familiar, entre las cuales están las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un niño, niña o adolescente de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante de los riesgos identificados en el artículo 44 de la Constitución. Según se indicó en dicha providencia, tales pueden estar dados por los hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del niño, dadas las circunstancias del caso en concreto. En efecto, como el niño sólo estuvo al cuidado del referido núcleo familiar por poco tiempo, el conjunto de razones expuestas en realidad son las que sustentan en conjunto un análisis sobre este aspecto: al estar el presunto padre privado de la libertad por un delito cometido contra la accionante. Sin embargo, después de ello es confusa la reacción del núcleo familiar al haber normalizado la relación existente entre los que serían los padres del niño.

1. Esta circunstancia, como se explicó no sólo pone en duda la aptitud familiar al respecto, que ha sido descartada además por análisis técnicos de los profesionales, sino que podría exponer al menor de edad a riesgos prohibidos. Sin embargo, aclara esta Sala de Revisión que con ello no quiere decir que, en abstracto, una situación de incesto justifique por sí mismo la declaratoria de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente. Esto deberá analizarse en cada caso considerando la situación de la víctima directa y, en especial, el

interés superior del niño, respecto a los riesgos que esta situación representa para él. En este sentido, la sentencia C-404 de 1998 -al estudiar una demanda dirigida a cuestionar la penalización del delito de incesto- concluyó que esta conducta no podía estar inmune a la actuación de las autoridades públicas porque encontraba sustento no sólo en lo destructivo que esto puede ser para la institución familiar, sino que genera un daño actual, específico e identificable consistente en: “la pérdida de roles, la desestabilización de las relaciones entre las personas que conforman el núcleo familiar, es el sentimiento de culpa o la angustia subsecuente a la prohibición con todo el peso tradicional que la acompaña, según se desprende de los estudios especializados allegados al proceso”<sup>87</sup>.

1. En estos términos, no sólo le asiste razón al juzgador de instancia cuando indica que la intervención del Estado está justificada para evitar que los niños se enfrenten a riesgos prohibidos, sino que también ello se vio acompañada de otras razones poderosas como la inexistencia de un verdadero plan para el cuidado del niño y sus necesidades especiales, dado que el lugar de habitación tampoco era apto, no se encontraba en óptimas condiciones de aseo y la familia no cuenta con condiciones psicosociales para este fin, y no contaba de forma concreta con el apoyo del grupo familiar. De otro lado, se comprobó que la accionante no suministró soporte sobre la posible existencia de un trabajo pues puso de presente una relación laboral que fue desmentida, como se evidencia en el acervo probatorio por el representante de la empresa señalada, quien no conoce ni cuenta con la accionante dentro de su planta de personal.

1. Esto último es un ejemplo de un grupo de razones que, por sí solas, no permitirían la declaratoria de adoptabilidad, pero que ha explicado este tribunal “sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores”<sup>88</sup>. Por último, es relevante aclarar que la decisión de homologar la adopción descartó que la aptitud de la accionante para ejercer la maternidad del niño pudiera estar

determinado por el diagnóstico de su enfermedad, pero sí cuestionó la falta de interés en continuar con el tratamiento médico, pese a que, según se estableció, la tutelante cuenta con diagnóstico de trastorno afectivo bipolar con síntomas psicóticos.

La adopción de las medidas de restablecimiento de derechos tuvo como eje central la materialización del interés superior del menor de edad, así como consideró los especiales requerimientos de salud

1. Esta Sala de Revisión debe partir del hecho de que, a simple vista, la accionante es una mujer que ha sido víctima de múltiples injusticias, que carece de una red de apoyo y que, ahora, incluso se ha alterado su papel dentro de la familia, al no cuestionar el incesto vivido y estar inmersa en esta dinámica. Pese a ello, lo relevante en el análisis de este caso es el interés superior del niño y así se argumentó, en su momento, por la Defensoría de Familia y por la decisión que homologó esta determinación.

1. En efecto, se destaca que fueron contundentes las medidas implementadas para protegerlo contra cualquier riesgo prohibido y, ante la ausencia temporal de sus padres, se realizó una investigación encaminada a establecer cuál medida de restablecimiento de derecho era la apropiada. De la satisfacción de este interés prevalente también da cuenta el hecho de que se considerara que el menor de edad requiere de necesidades especiales, en virtud de los distintos diagnósticos de salud, lo cual exige de habilidades particulares que tampoco se acreditaron en el caso concreto e impiden considerar que con el reintegro del niño se puede lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos<sup>89</sup>.

1. A la luz de este contexto, pese al reiterado interés de la madre en que se reintegre al niño y se anule la declaratoria de adoptabilidad, el análisis expuesto por la autoridad administrativa y judicial permite demostrar que no existió un defecto y que el eje de esta decisión drástica en este caso se fundó en el interés prevalente del niño, de manera tal que la decisión de restablecimiento de derechos dando aplicación a la adopción, se muestra

razonable y proporcionada frente al contexto y diferentes pruebas en el expediente sobre la situación del menor de edad, frente a su núcleo familiar biológico. Por lo cual, vale la pena destacar lo indicado por la jurisprudencia constitucional en el sentido de que “por encima del dolor moral que infortunadamente le causa su ausencia” a un padre o una madre, “está el derecho prevalente de la menor a gozar de un ambiente en el cual pueda crecer sanamente” 90.

No existe ninguna evidencia que permita concluir que se desconocieron los derechos fundamentales alegados por la accionante

1. No existe evidencia en el sentido de que la decisión judicial cuestionada incurrió en un defecto de violación directa de la Constitución, dado que como se señaló garantiza el interés superior del menor de edad, y tampoco que se hubiere desconocido el debido proceso la tutelante, quien fue vinculada a las instancias de restablecimiento de derechos e hizo parte de la audiencia de recaudo probatorio, impulsada por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá. Asimismo, se comprobó que la argumentación respondió a los marcos jurisprudenciales establecidos sobre el derecho a tener una familia y no ser separada de ella que es, por lo analizado, un derecho fundamental del niño que también se materializa con la declaratoria de adoptabilidad. Por ello, no es posible revocar la determinación judicial que cuenta con el pleno soporte y que valoró el interés prevalente del menor de edad.

1. En adición a los elementos probatorios ya señalados, también se debe resaltar que en la remisión del expediente de restablecimiento de derechos por parte del juzgador de instancia se encuentran disponibles los soportes de las citaciones efectuadas y de la vista social efectuada. De otro lado, el archivo incluido en el consecutivo 24 refiere la constancia sobre un correo electrónico, del 3 de junio de 2022, en el que se compartió en favor de la accionante el expediente electrónico del proceso adelantado en favor de su hijo biológico. Por último, se tiene que, si bien la accionante indicó que no había recibido respuesta a sus solicitudes cuando el proceso se encontraba a cargo de la Defensoría de Familia, en la

contestación a la acción de tutela ello fue controvertido y se remitieron las respuestas que, en su momento, fueron suministradas a la accionante<sup>91</sup>.

## Conclusión

1. Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se negará el amparo del derecho al debido proceso de la accionante, así como la supuesta afectación del derecho fundamental del niño a tener una familia y no ser separada de ella. En consecuencia, tampoco puede existir una proyección -como lo alega en la acción de tutela- en los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

1. Por las razones expuestas en esta providencia, se dispondrá en la parte resolutive confirmar la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 30 de noviembre de 2022 que, a su vez, confirmó la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 1º de noviembre de 2022, las cuales decidieron negar el amparo de los derechos alegados por la tutelante tras advertir no se configuró el defecto alegado por la accionante. Sin embargo, en atención a los antecedentes descritos, considera la Sala de Revisión que la decisión debe complementarse, en el sentido de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación en aras de que, en el marco de su competencia y de ser el caso, investigue la presunta existencia de un nuevo delito en contra de la accionante, su libertad, integridad y formación sexual. Si bien el señor Raúl fue procesado penalmente con sustento en el delito de acceso carnal violento en persona incapaz de resistir, ello tuvo como sustento el nacimiento del primer hijo en común, pero no es claro que se hubiese adelantado una investigación penal con fundamento en los hechos posteriores, que dieron lugar al nacimiento del niño, sujeto al proceso de restablecimientos estudiado en esta oportunidad.

## A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Después de analizar los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias, se determinó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá al proferir la sentencia que homologó la declaratoria de adoptabilidad del menor de edad, incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución o, por el contrario, determinar si se trataba de un caso en donde tal declaratoria estaba debidamente soportada en el interés superior del niño y justificada en los parámetros jurisprudenciales desarrollados para valorar el derecho a tener una familia y no ser separada de ella, lo cual no excluye, como último recurso, la declaratoria de adoptabilidad.

1. Como resultado de las subreglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observó la Sala lo siguiente:

i. El defecto específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, fundado en la violación directa de la Constitución, debe analizarse con especial detenimiento en los casos en los que los derechos de niños, niñas y adolescentes estén involucrados. En tales eventos, ante todo, el criterio primordial debe ser la prevalencia del interés superior del niño como eje de la decisión. Lo anterior, implica que se debe efectuar un análisis particular de las circunstancias del caso, y en los supuestos que analicen medidas de restablecimiento de derechos se debe realizar un profundo estudio de los motivos puntuales que llevaron a su decreto.

i. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44 de la Constitución Política) implica, en principio, un respeto por las relaciones familiares. Sin embargo, el Estado debe intervenir en dichas relaciones para conjurar situaciones de peligro o riesgo de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo su interés superior de acuerdo con la valoración de las circunstancias concretas del caso. En efecto, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 dispone que “[l]os niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la

realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código”.

i. Así, en aquellos eventos en los cuales los padres o los familiares no puedan darle la asistencia que ellos requieren y a la que están obligados, le corresponde al Estado asumirlo directamente e, incluso, garantizar su derecho a tener una familia mediante la adopción. Para proceder a ello, en todo caso, debe valorarse que: (i) las medidas de protección deben responder a una lógica de gradación, proporcionalidad entre el riesgo y la afectación de derechos, siguiendo lo dispuesto en la sentencia SU-180 de 2022; (ii) la solidez del material probatorio; (iii) la duración de las medidas y las consecuencias en los niños; (iv) que el proceso hubiese garantizado el debido proceso de las partes y que (v) la declaratoria de adoptabilidad no se funde en razones constitucionalmente inaceptables, sino que responda a los riesgos concretos en contra de ellos, como pueden ser la violencia (física, sexual y psicológica), acreditar que los padres no son garantes de derechos, son negligentes o que, en general, ponen en riesgo el desarrollo armónico del niño.

1. Con fundamento en lo anterior, esta Sala de Revisión concluyó que el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá no incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución y, por el contrario, el análisis estuvo sustentado en el interés superior del menor de edad. En tal sentido, la decisión de homologar la declaratoria de adoptabilidad no desconoció el debido proceso de la tutelante, y por el contrario, es claro que se sustentó en el material probatorio del proceso de restablecimiento de derechos y no vulneró el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, por cuanto se concluyó que ello está justificado en los parámetros jurisprudenciales desarrollados al respecto. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala de Revisión compulsará copias, en los términos del numeral 110 de esta providencia.

## I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de la

República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 30 de noviembre de 2022, que a su vez confirmó la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 1º de noviembre de 2022, las cuales negaron el amparo solicitado al considerar que no se había configurado un defecto específico en la providencia que homologó la declaratoria de adoptabilidad en el caso del menor de edad Juan.

Segundo.- ORDENAR que, por intermedio de la Secretaría General de la Corte, se compulsen copias del presente expediente de tutela a la Fiscalía General de la Nación para que, en el marco de sus competencias y de ser el caso, investigue la presunta existencia de un nuevo delito en contra de la accionante y su libertad, integridad y formación sexual.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Esta determinación encuentra sustento -entre otros- en el artículo 61 del Reglamento Interno de la Corte, que permite esta posibilidad, y en la Circular Interna No. 10 de 2022, que se refirió a la “anonimización de los nombres en las providencias disponibles al público en la página web de la Corte Constitucional”.

2 En efecto, la Sala de Revisión adoptará la decisión que corresponda, dentro del presente proceso, en dos ejemplares paralelos: (i) en uno de ellos se modificará el nombre de la accionante, del menor de edad, así como el de su núcleo familiar y se reemplazará por unos ficticios; y en el otro, (ii) se señalará la identidad de ellos. Esta última versión, sólo estará destinada a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que las autoridades responsables de dar cumplimiento a las órdenes impartidas dentro del fallo ejecuten las decisiones allí proferidas.

3 Como pruebas, se adjuntaron los siguientes documentos: (i) copia de la cédula de ciudadanía de la accionante, en donde consta que nació el 2 de abril de 1990, por lo cual en la actualidad cuenta con 33 años; (ii) registro civil de nacimiento de Juan en el que se indica que nació el 28 de julio de 2018, es decir, que en la actualidad está próximo a cumplir 5 años. Además, en tal registro consta que la accionante es la madre, pero no aparece el registro del padre; y (iii) peticiones dirigidas al ICBF del 29 de abril de 2019, 29 de julio de 2019, 16 de diciembre de 2019 y 30 de diciembre de 2019. Además, se aporta (iv) un escrito dirigido a la Personería, con fecha del 22 de diciembre de 2020, en el que se cuestionó la forma en la que le retiraron a su bebé por considerar que funcionarios del ICBF se lo llevaron “abusivamente”. A su vez, controvertió que ha pasado el tiempo y no le han avisado en qué etapa está el proceso de restablecimiento de derechos de su hijo y que, en medio de la pandemia, le avisaron que lo darían en adopción y no le notificaron de la audiencia seguida. Finalmente, (v) aporta una solicitud de examen a la accionante por psiquiatría y (vi) la copia de un documento denominado “solicitud de restablecimiento de derechos”, del 10 de agosto de 2018, en donde se indica que la accionante solicitó información sobre el reintegro de su hijo, que está al día con los exámenes que se debía realizar y que solicitó el reintegro de su

hijo, al haber transcurrido más de dos años.

5 Al respecto, explicó que, en el marco del proceso de restablecimiento de derechos, se le negó acceso al expediente y que, en el marco de la pandemia, “se puso en favor de la autoridad administrativa, del defensor de familia y su equipo interdisciplinario”.

6 Sobre ello, explicó que dicha vulneración estaba justificada por cuanto ella, como madre del niño, siempre ha estado pendiente de recibir a su hijo “y lo que obtiene es la negación de su derecho y fue engañada por los funcionarios del Centro Zonal \*\*\* y el Juzgado 5° de Familia”. También indicó que no se le ha permitido tener contacto con su hijo, que no se le informó en que hogar de paso o sustituto estaba y que la determinación de adoptabilidad fue convalidada sin considerar su estabilidad actual.

7 Hecho 1 de la acción de tutela. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

8 Hecho 2 de la acción de tutela. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

9 Hecho 3 de la acción de tutela. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

10 Hecho 4 de la acción de tutela. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

11 Escrito de tutela. Fl. 6. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

12 Escrito de tutela. Fl. 7. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

13 Escrito de tutela. Fl. 8. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

14 Escrito de tutela. Fl. 9. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

15 Hecho 5 de la acción de tutela. Expediente digital. No de proceso 11001221000020220113700. Consecutivo No. 1.

16 Auto admisorio. Enlace disponible en el expediente digital, “carátula y acta de reparto”. Disponible en “003 expediente remitido”: “actuaciones del Tribunal”. En efecto, en los oficios remisorios se vinculó al juzgador de la referencia y a la Defensora de Familia del Centro Zonal de \*\*\* en Bogotá.

17 Se pone de presente que en la remisión de este enlace también se aportan otros procesos de restablecimientos de derechos en favor de otros niños, niñas y adolescentes del núcleo familiar de la accionante que han sido declarados en situación de adoptabilidad, fueron excluidos de medidas protección por cumplir la mayoría de edad e, incluso, uno que desafortunadamente murió. En efecto, se remitió el proceso de restablecimiento de derechos de Juliana, quien nació el 20 de octubre de 2008. De los documentos allí aportados se puede indicar que se alude a la situación de ella y de sus hermanos, de su padre quien para dicho momento se encontraba privado de la libertad por el delito de acceso carnal violento en persona incapaz de resistir, la existencia de presunto incesto y una estructura de hermetismo y adoctrinamiento en las relaciones familiares, en donde uno de los hermanos desafortunadamente murió (Pedro); uno más salió del sistema de protección al cumplir la mayoría de edad. Entre tales documentos, en el folio 214 se encuentra una solicitud de restablecimiento de derechos del 8 de octubre de 2018, en el que se pone en conocimiento que un niño, de 13 días de nacido, hijo de Gladys, contaba con un riesgo social alto, ya que la madre permanecía internada en el Hospital Victoria por depresión postparto, mientras que el menor está acompañado por su hermanastro “Simón, hijo del presunto padre del NNA”. En consecuencia, ante la información por él reportada se indica que el menor, para dicho momento, era un recién nacido; no tenía una red de apoyo en la familia materna y al estar la madre internada por depresión postparto se consideró necesario que se ubicara, de forma provisional, en un hogar sustituto. Sin embargo, se adujo que era necesario ampliar la investigación sociofamiliar al respecto.

18 Así se advirtió en una nota de la historia clínica del 30 de julio de 2018, en donde se indicó que Gladys se encontraba de la Unidad de Salud Mental del Hospital Victoria y que era una paciente con antecedente de trastorno afectivo bipolar no especificado. En una nota previa, del 28 de julio de 2018, se refirió a la preeclampsia severa. El 7 de agosto de 2018, se anotó

en la historia clínica la existencia de síntomas psicóticos por lo que debía continuar en tratamiento de salud mental.

19 En tal sentido, se explicó en reporte de la historia clínica, del 9 de agosto de 2018, quien “ingresa por parto espontáneo en el hogar”. Allí se afirmó que se realizó una entrevista con Simón, identificado como “hijastro de la paciente” y quien afirmó que se dio cuenta del parto por el llanto del bebé en la casa: “Se indaga por parto en el hogar, paciente refiere que se dio cuenta cuando oyó llorar al neonato en la habitación, la paciente no comunicó situación de manera oportuna a la red familiar. Se indaga por pareja del paciente, familiar refiere que el mismo se encuentra viajando por labores como comerciante, al parecer no conoce situación de salud de paciente y neonato (...)”. (fl. 266).

20 Fl. 281 de 691. “Carpeta No. 1-Pard”.

21 Fls. 290 a 299. “Carpeta No. 1-Pard”. En el formato de verificación de garantías de valoración psicológica se estableció que el niño se encontraba tranquilo, pero se concluyó que el recién nacido debía estar en un lugar sustituto, por cuanto no se ha establecido el presunto parentesco con el hermanastro al no contar con registro civil, permanecer la madre hospitalizada y por no contar “con una red familiar extensa materna”. En consecuencia, el 11 de agosto de 2018, el correspondiente psicólogo indicó que el niño debía estar “a cargo de una madre sustituta a partir de la fecha”.

22 Fls. 282 a 288. “Carpeta No. 1-Pard”. En el formato de verificación de garantías de derechos de alimentación, nutrición y vacunación, se indica en el aparte de “valoración física” que se observan condiciones propias de su edad, permanece muñón de cordón umbilical, “irritación en el área del pañal, hermanastro quien es el hermanastro refiere que tiene delicada la piel y se acabó la crema para pañalitis”. Respecto al consumo de alimentos, se indica que desde el nacimiento ha recibido leche con fórmula, dado que la mamá está hospitalizada con diagnóstico de trastorno afectivo bipolar. Respecto al estado nutricional, se afirma que “el neonato contaba con “riesgo de peso bajo para la edad, riesgo de desnutrición aguda y riesgo de retraso en el crecimiento o riesgo de talla baja”.

23 Fls. 301 a 305. “Carpeta No. 1-Pard”. En tal formato se indicó que el niño tendría dos hermanos. El primero se encontraba bajo el cuidado del padre del niño y el segundo con una tía paterna. Además, afirmó que el hermanastro del menor (19 años) residía con dos de sus

hermanas (17 y 19 años), y que el padre del menor que, a la vez, es su padre no estaba en la casa y no se sabe en qué lugar se encuentra. En todo caso, se debe aclarar que, como así lo indicó el juez de instancia, han sido declarados en adoptabilidad varios integrantes de esta familia. Incluso, en la audiencia probatoria a la que se aludirá con posteridad, se interroga sobre ello y se advierte que, en la actualidad, el niño nacido en 2010 no convive con ella, pues está a cargo de los abuelos paternos, que son ajenos a este núcleo familiar; y el segundo de ellos, que fue el primer hijo en común con el señor Raúl, fue declarado en adoptabilidad. Así, como factores de riesgos en el caso ahora estudiado se pone de presente “el riesgo social”, en virtud del cual (i) se desconoce el parentesco del presunto hermanastro con el bebé; (ii) no existe red de apoyo familiar y (iii) la progenitora se encuentra en tratamiento de salud mental en un hospital. Por ello, se indicó que el menor debía permanecer en un hogar sustituto.

24 Folio 313. “Carpeta No. 1-Pard”.

25 Folio 334. “Carpeta No. 1-Pard”. Se resalta que en el folio 338 aparece un informe, del 25 de septiembre de 2018, en el que se aclaró la composición familiar, en donde se indicó que el señor Raúl, quien es presunto padre del niño, tuvo una relación con la progenitora de la accionante, con posterioridad, con otra mujer de la que nacieron varios hijos, para, finalmente, establecer una relación con la accionante.

26 Folio 348. “Carpeta No. 1-Pard”.

27 En efecto, desde el folio 352 se encuentra el resumen de la entrevista con la accionante, el cual tiene un carácter reservado, por lo cual sólo se resaltarán los temas estructurales que permitan la comprensión de la situación de restablecimientos de derechos. Así, se puso de presente que la accionante mantenía una relación con su pareja, quien es 30 años mayor que él, y que esta relación de convivencia se inició, no obstante que convivía con la madre de sus hijos, quien para ese momento estaba viva, pero después murió por una enfermedad.

28 Folio 458. “Carpeta No. 1-Pard”.

29 Folio 514. “Carpeta No. 1-Pard”.

30 Al respecto, se encuentra en el expediente auto de la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia, del 5 de julio de 2019, que así lo autoriza, al ser relevante ante la presunta existencia de incesto y al ser la madre del niño víctima en el referido proceso. Folio 517 y subsiguientes, “Carpeta No. 1-Pard”. Entre tales archivos se encuentra un peritaje psiquiátrico al presunto victimario, efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, respecto del cual se concluye que el procesado presenta un “trastorno de personalidad esquizotípico”. Por su parte, se aclara la necesidad de tal informe porque la presunta víctima, esto es Gladys se retractó de la denuncia sexual presentada contra su progenitor, esto es el señor Raúl, quien sería el presunto padre de otro hijo que tuvo en el Hospital San Ignacio.

31 Folios 531 a 578. Sentencia del Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá como consecuencia de una denuncia presentada por la accionante por el reiterado acceso sexual en su contra, pese a contar con trastorno afectivo bipolar, producto del cual nació un primer hijo en común, el 13 de marzo de 2014. Así, se concluyó que el procesado modificó los medicamentos de la accionante lo cual acentuó su condición de debilidad y perpetuó reiterado acceso carnal en contra de incapaz de resistir, por lo cual fue condenado a 218 meses de prisión.

32 Para consultar esta actuación, se debe seguir en enlace del proceso remitido y allí consultar la respuesta del juzgador de instancia, el que se encuentra disponible en el archivo denominado con el consecutivo 6 (fls. 97 a 115).

33 Video disponible en carpeta “AUD 7 DE JUNIO DE 2022”.

34 Este documento puede consultarse en el enlace aportado en respuesta a la acción de tutela de la referencia y se encuentra denominado como consecutivo 44.

35 Como anexo para justificar lo indicado, se adjuntó una solicitud, del 10 de agosto de 2018, remitido por la trabajadora social del Hospital \*\*\* al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que se indicó que un bebé, de 13 años, se presentó en dichas instalaciones con su hermanastro, el cual ya había salido sin registro civil al estar la mamá hospitalizada. Para justificar la intervención, se explicó que (i) Gladys fue remitida al Hospital La Victoria para el manejo de la salud mental, en donde permanecía hospitalizada por lo cual era relevante la situación de la madre; (ii) la actitud del padre del niño, quien nunca hizo presencia en el hospital y, por el contrario, el hermanastro del niño es quien ha explicado que

el señor Raúl se había ido de viaje y lo había dejado a cargo, al momento no se había comunicado, desconocía del nacimiento del bebé y que la madre se encuentra hospitalizada; (iii) la única persona que visitó al bebé fue el hermanastro; y (iv) no hubo presencia de la familia extensa por vía materna o paterna. En consecuencia, se pone de presente la existencia de un riesgo social por parto en casa, estar la madre biológica en una unidad de salud mental, el padre no hacer presencia y tampoco la familia extensa de ella. Por ello, se consideró relevante definir quien sería el cuidador del bebé y evitar negligencia en contra del niño que, para dicho momento, tenía escasos días de nacidos.

36 En tal sentido, como anexos se aportaran dos respuestas suministradas a la accionante, del 30 abril de 2019 y del 13 de enero de 2020, en donde se le indicó que (a) frente al cuestionamiento de la salud del niño, era incomprensible su cuestionamiento pues ella era consciente que el niño fue llevado a atención médica y no puede garantizar el ICBF que tal esté inmune a enfermedades; adujo que respecto al proceso de restablecimientos de derechos, tal se encontraba en curso y se la han notificado todas las actuaciones y, ante cualquier duda, podía presentarse en la sede del centro zonal para conocer los elementos que requería; por último, adujo que frente al requerimiento de que se le entregue al niño, se consideró una solicitud improcedente, en tanto se ha requerido que la accionante y los demás familiares debían presentarse ante Medicina Legal para realizar valoraciones psicológicas y psiquiátricas, las cuales no han sido atendidas. En tal sentido, también se cuestionó que tampoco se aceptado realizar la prueba de ADN, que ha sido requerida, con el fin de determinar el parentesco existente entre la accionante y el señor Raúl, padre del hijo, lo cual podría ser constitutivo del delito de incesto. Así, se consideró relevante que se aportaran tales pruebas en aras de adoptar una determinación en dicho sentido. En la segunda respuesta, (b) se manifestó que se debía adjuntar la historia clínica del niño, con el fin de justificar que efectivamente se encontraba en un período de incapacidad y que, además, se expedirán las copias del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que no tengan el carácter de reservado. Además, se advirtió que el análisis respecto a si las condiciones están dadas para el retorno del niño se evaluarían en su debida oportunidad y que, el 30 de noviembre de 2019, se debió suspender la visita por cuanto con el diagnóstico de varicela el niño no podía tener contacto con nadie más para no ponerlas en riesgo.

37 Es decir, de forma extemporánea al haberse remitido después de haberse adoptado la decisión de primera instancia.

38 Entre tales, se aludió a los siguientes elementos: (i) valoración psicológica y emocional, (ii) valoración por nutrición y esquema de vacunación, (iii) valoración de entorno familiar, identificación de elementos protectores y riesgos para la garantía de sus derechos, (iv) informe de visita social y (v) declaraciones rendidas en el trámite del proceso.

39 Como extracto de esta providencia, se citó el siguiente aparte: “Gladys ha presentado, desde temprana edad, diagnóstico de enfermedad afectiva bipolar con síntomas psicóticos (f. 61 archivo No. 1 denominado 7 tomo 3], padecimiento que en sí mismo no la inhabilita para el ejercicio de su rol materno dado que “requiere como tratamiento complementar sus medicamentos con psicoterapia, asistencia social y jurídica y rehabilitación” (ib.). Sin embargo, tal tratamiento y toma de medicamentos no se encuentran acreditados en el expediente, lo que vislumbra su incumplimiento frente a la mejoría, o por lo menos el control, de su estado de salud mental, que le permitieran tener idoneidad para el cuidado y protección de su menor hijo, toda vez que, pese a que aquella en audiencia del 7 de junio de 2022 indicó estar cumpliendo con tales circunstancias, ello se torna en manifestaciones meramente subjetivas que son desvirtuadas plenamente con las documentales allegadas al plenario. Al respecto, fue allegada copia de la historia clínica de la prenombrada por parte de la IPS Colsubsidio, en cuyo contenido se evidencia que su última atención médica data del 22 de septiembre de 2020, aunado a ello, de las respuestas allegadas por las Subredes Integradas de Servicios de Salud Sur, Norte y Centro Oriente E.S.E, se denota que desde el año 2016 no se cuenta con atención médica a la señora Gladys, más que un traslado en ambulancia del 10 de septiembre de 2021 sin especificaciones de ello. Esas pruebas allegadas en documentos guardan pleno respaldo con lo expuesto en el informe de visita social elaborado por la trabajadora social del Juzgado, de 4 de junio de 2022, en el hogar de la señora Gladys, en virtud del cual se especificó que aquella “mostró algunos certificados médicos donde manifiesta su idoneidad para asumir su rol materno, sin embargo, los mismos son del año 2020” (f. 7 del informe)”.

40 Notificado el 14 de marzo de 2023.

41 Corte Constitucional, sentencia T-395 de 2016.

42 El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento

preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...).”.

43 Esta providencia retoma la línea expuesta en sentencias como la SU-134 de 2022, que exige para estudiar la relevancia constitucional del asunto analizar si la controversia versa: (i) sobre un asunto constitucional y no solamente legal; (ii) involucra un debate al contenido, alcance y goce de un derecho fundamental, que es directo y no eventual y; por último, (iii) no se utiliza como una instancia adicional para reabrir debates legales ya agotados en los procesos ordinarios. En el marco de tutela contra providencia, estos asuntos deben estudiarse en cada evento, como así lo ha establecido la Corte, para preservar la competencia y la independencia de los jueces de la jurisdicción y, por ello, restringir el ejercicio de la acción de tutela contra providencias a supuestos que excedan la legalidad, por afectar derechos fundamentales.

44 La Constitución no prevé un término de caducidad para presentar la acción de tutela. En el artículo 86 se indica que puede ser interpuesta “(...) en todo momento y lugar”. Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que el presupuesto de inmediatez es necesario para declarar que la acción de tutela es procedente. Esta exigencia presupone que el accionante acuda a la acción de tutela en un término razonable desde que se produjo el hecho en el que funda la violación del derecho. No obstante, esta exigencia debe ser analizada en atención a la proporcionalidad entre los medios y fines, derivados de las circunstancias fácticas expuestas en la acción de tutela, sin que pueda exigirse de antemano un término máximo para la interposición, como así se explicó en la sentencia SU-961/99.

45 Corte Constitucional, sentencias T-949 de 2003, C-590 de 2005, SU-336 de 2017.

46 Corte Constitucional, sentencia T-374 de 2017.

47 Corte Constitucional, sentencia T-319 de 2019.

48 Corte Constitucional, sentencia T-671 de 2010. En similar sentido, la sentencia T-512 de 2017 explicó que “siempre que las autoridades administrativas y operadores judiciales adopten una decisión de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior, y en particular acudir a

los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos”. En ese mismo sentido, es posible consultar las sentencias T-768 de 2015, T-741 de 2017 y T-210 de 2019.

49 En el ámbito nacional puede consultarse la Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

50 Así, como respuesta a distintas formas de abandono en detrimento de los niños, concluyó que era necesario crear un sistema de protección en favor de ellos. Sin embargo, en estos eventos las autoridades públicas no pueden olvidar que toda decisión debe ser producto de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio y, por ello, es posible analizar las violaciones al debido proceso que en tal marco se presenten.

51 Al respecto, la sentencia T-339 de 1994 explicó, tras aludir a este deber, que “los padres deben ser maestros de vida-, asistencia, cuidado especial y ayuda”. En consecuencia, “[n]o cumplen, pues, con la obligación de recibir al hijo aquellos padres que lo abandonan física o moralmente al azar o al simple devenir, y en tal caso no se configuran jurídicamente la paternidad o la maternidad en sentido pleno y total, de suerte que en estos eventos se configuraría causal para perder la patria potestad”.

52 Corte Constitucional, sentencia T-110 de 1995.

53 Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1995.

54 Ibidem.

55 Al respecto, adujo esta providencia que “[e]n efecto, esta alternativa es la única dentro de las existentes que persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar. En este sentido, los tratados internacionales y las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción y la necesidad de que el éste se someta, enteramente, a la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor”.

57 Corte Constitucional, sentencia T-293 de 1999.

58 Se denominó en esta providencia como “declaratoria de abandono”, pues así se conocía en vigencia de la normatividad anterior al Código de Infancia.

59 Al estudiar un caso de violencia física contra una niña declarada en situación de adoptabilidad, la sentencia T-671 de 2010 adujo que “[l]as medidas estatales de intervención en la vida familiar protegida por la Carta únicamente pueden traer como resultado final la separación del niño de su familia cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con el niño, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico”. Más adelante se adujo que “[e]l ICBF, en cumplimiento de su deber legal y constitucional de dar protección a los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en necesidad de protección integral, adopta las medidas pertinentes a su favor, declarándoles, en algunos casos, en estado de adoptabilidad, para protegerlos de cualquier situación de vulnerabilidad que puedan afectar su bienestar y normal desarrollo”. Sin embargo, para cumplir este fin debe acucioso en la práctica y análisis de las pruebas sobre las cuales actúa y fundamenta su decisión, más aún si está dentro de sus obligaciones la de hacer un seguimiento exhaustivo y permanente de los niños. Por ello, en este caso negó que existiera un defecto en la decisión del juez de familia que negó la homologación, por considerar “son el resultado de una apreciación razonable tanto de los aspectos procedimentales como sustanciales de las pruebas aportadas, no observándose que fueran tomadas en forma caprichosa como sostiene la accionante, y, por el contrario, se encuentra que las mismas no fueron suficientes para homologar la adoptabilidad”.

60 Una de las sentencias que ha reiterado esta última faceta es la T-276 de 2012.

61 Esta consideración fue una reiteración de lo expuesto en la sentencia T-497 de 2005 que, al respecto, explicó que “la familia es la primera institución llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños. En consecuencia, la intervención estatal sólo puede tener lugar como un medio subsidiario de protección de los menores afectados en aquellos casos en los que peligren sus derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando existan riesgos para la integridad personal del menor o cuando se presentan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico”.

62 La sentencia T-679 de 2012 explicó que “El desarrollo integral y armónico del menor (art. 44 CP) exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes

derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”.

63 En ese mismo sentido, puedo consultarse la sentencia T-607 de 2017 que concluyó que “los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad están protegidos ampliamente por la Constitución. En tal virtud, la Legislación impone en la familia, la sociedad y, especialmente, en el Estado el deber de garantizar la efectividad de sus derechos (...)”.

64 Corte Constitucional, sentencia T-663 de 2012.

65 Para el efecto, se contemplaron en la Ley 1098 de 2006 las siguientes medidas de restablecimiento: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos; (ii) el retiro inmediato del menor o de la actividad que amenace, vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pueda encontrar; (iii) su ubicación inmediata en un nuevo medio familiar o en centros de emergencia -en los casos en los que proceda la ubicación en los hogares de paso-; (iv) la adopción, (v) cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y; finalmente, (vi) la posibilidad de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

66 Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009, reiterada en la sentencia T-502 de 2011.

67 En la sentencia T-117 de 2012 se explicó que, por regla general, la acción de tutela no procede -ante el incumplimiento de la exigencia de subsidiariedad- contra las medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando está pendiente por resolver el proceso de homologación ante el juez de familia, en virtud de que tal procedimiento en principio es idóneo para controlar las decisiones adoptadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ese mismo sentido, se puede consultar la sentencia T-664 de 2012. De otro lado, explicó la sentencia T-569 de 2013 que la acción de tutela era improcedente al incumplir el presupuesto de inmediatez, por cuenta de que había transcurrido más de un año desde la declaratoria de adoptabilidad y la acción de tutela, así como también se había perfeccionado la adopción en favor de la menor.

68 Corte Constitucional, sentencia T-663 de 2012. De manera más reciente, es posible consultar la sentencia T-262 de 2018.

69 Corte Constitucional, sentencia T-094 de 2013.

70 Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2014. En un sentido similar, explicó la sentencia T-210 de 2019 al conocer de otro caso, 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”. Así, se destaca que en este caso se concluyó que la familia biológica no era garante de derechos.

71 Corte Constitucional, sentencia T-319 de 2019.

72 En la sentencia T-380 de 2022, por ejemplo, se cuestionó que, pese a la exigencia de asistencia psicológica y formal como parte de las exigencias dentro del proceso de restablecimientos, el juzgador “verificó la falta de “adherencia” y “avance” de la accionante frente a los compromisos fijados por el Defensor de Familia. En particular, confirmó la falta de asistencia al proceso terapéutico ordenado por el Defensor de Familia. Para esto, examinó las distintas valoraciones psicosociales del equipo de la Defensoría de Familia, el Instituto Casa de la Madre y el Niño y el Instituto Colombiano de Medicina Legal, que dan cuenta de la falta de compromiso de la accionante para reasumir el cuidado de sus hijos”.

73 Corte Constitucional, sentencia T-512 de 2017.

74 Corte Constitucional, sentencia T-679 de 2012.

75 Sobre la vulneración del debido proceso por no haberse notificado el proceso de restablecimiento de derechos en favor de una madre, es posible consultar la sentencia T-768 de 2013.

76 Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2012.

77 Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2014.

78 Corte Constitucional, sentencia T-024 de 2017.

79 Corte Constitucional, sentencia T-741 de 2017.

80 Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2018. Sobre el análisis de la discapacidad como base de las medidas de restablecimiento de derechos también se pronunció la sentencia T-397 de 2004, la cual conoció un caso en el que la madre de la niña se encontraba en situación de discapacidad visual.

81 Corte Constitucional, sentencia T-311 de 2017.

82 La sentencia T-503 de 1994 explicó que ello “implica una actitud integral en función del bienestar del hijo”.

83 La sentencia T-741 de 2017 argumentó que una de las razones que podrían justificar la separación del niño de su familia es “la ineptitud de la familia biológica, para asegurar el bienestar del niño o de la niña”.

84 Así, se tiene que en respuesta a la acción de tutela la Defensoría de Familia no sólo afirmó que esto no era cierto, sino que explicó que el niño -con 13 días de nacido- fue llevado por su hermanastro al Hospital \*\*\*, en donde se advirtió que tal contaba con un riesgo social alto pues su madre, para dicho momento, seguía hospitalizada y es allí donde este caso se puso en conocimiento del ICBF. Como soporte de esto, se anexó una solicitud, del 10 de agosto de 2018, remitida por la trabajadora social del Hospital \*\*\* al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que se indicó que un bebé se presentó en dichas instalaciones con su hermanastro, el cual ya había salido sin registro civil al estar la mamá hospitalizada. Para justificar la intervención, se explicó que (i) Gladys fue remitida al Hospital La Victoria para el manejo de la salud mental, en donde permanecía hospitalizada por lo cual era relevante la situación de la madre; (ii) la actitud del padre del niño, quien nunca hizo presencia en el hospital y, por el contrario, el hermanastro del niño es quien ha explicado que el señor Raúl se había ido de viaje y lo había dejado a cargo que, a dicho momento, no se había comunicado y que desconocía del nacimiento del bebé; mientras que la madre se encontraba

hospitalizada; (iii) la única persona que visitó al bebé cuando nació fue el hermanastro; y (iv) no hubo presencia de la familia extensa por vía materna o paterna. En consecuencia, se puso de presente la existencia de un riesgo social por parto en casa, estar la madre biológica en una unidad de salud mental, el padre no hacer presencia y tampoco la familia extensa de ella. Por ello, se consideró relevante definir quién debía ser el cuidador del bebé y evitar negligencia en contra del niño que, para dicho momento, tenía escasos días de nacidos.

85 El video de esta actuación puede consultarse en el expediente electrónico en el enlace enviado por el correspondiente juzgador y está disponible con el nombre “AUD 7 DE JUNIO DE 2022”.

86 Al respecto, debe precisar esta Sala de revisión un asunto relevante sobre el tratamiento médico requerido por la accionante. En primer lugar, se aclara que no porque alguien cuente con una enfermedad mental se puede concluir, en abstracto, que ello impacta en su aptitud para ejercer su maternidad. No obstante, en este caso se consideró necesaria su continuidad por la médica tratante. De hecho, es relevante indicar que en el expediente de tutela consta una certificación de hace más de 3 años, esto es del 25 de febrero de 2020, en donde la psiquiatra afirmó que la actora estaba capacitada para tener el cuidado del niño “siempre y cuando continúe en seguimiento de psiquiatría de la EPS y trabajo social del ICBF, con el fin de garantizar su seguimiento y evaluar que las condiciones psicosociales sean las adecuadas para el menor”. (fl. 75 del archivo denominado como “08MemorialRemitidoSraGladys”. En consecuencia, dada esta prescripción y los brotes psicóticos que propiciaron un abuso en su contra se trata de una exigencia razonable, la cual se acreditó hasta determinado momento, como se demuestra en el expediente (fls, 26, 75 y 81). En consecuencia, si bien el juzgador de instancia afirmó que tales controles se realizaron hasta una fecha anterior, lo cierto es que no existe prueba sobre la continuidad del tratamiento al momento de adoptar la sentencia que homologó la declaratoria de adoptabilidad, no obstante que en el proceso se recibió la historia clínica de la accionante y ella puede consultarse en el archivo disponible en el consecutivo 38. En tal sentido, explicó el juzgador que tal era un argumento complementario por cuanto “aún si se llegare a demostrar que Gladys se encuentra en tratamiento terapéutico y toma con regularidad sus medicamentos, tal hecho no constituiría la idoneidad requerida para revocar la declaratoria de adoptabilidad del menor Juan, dado que existen otras circunstancias familiares que impiden acceder a la pretensión de reintegro del menor a su familia biológica”.

87 En consecuencia, esta providencia estudió en detalle elementos aportados en el marco de los requerimientos de expertos que concluyeron -entre otras- que el incesto tiene consecuencias negativas en quienes viven este tipo de relaciones y pueden generar estados depresivos y consecuencias graves en la salud mental. Incluso, se cuestionó que ello puede enmascarar relaciones de poder por representar, a modo de ejemplo, que el padre es “dueño” o puede controlar la sexualidad de su hija. Así, tras concluir que la prohibición del incesto y su penalización resultaba razonable y proporcional para proteger a la familia, profundizó en el daño concreto que ella causa y en la afectación a la libertad sexual. Al respecto, también es posible consultar la sentencia C-241 de 2012 que reiteró la mayoría de los argumentos sobre la tipificación de este delito, pero en el marco del actual Código Penal. Si tales términos se emplearon para aceptar la intervención del derecho penal en los vínculos familiares es claro que estos argumentos también permiten proteger el interés del niño, que como ya se ha visto, es prevalente y opera aún en contra de la voluntad de los padres o familiares.

88 Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003.

89 Como se explicó en la parte teórica, en el análisis de las medidas de restablecimiento de derecho se debe considerar el interés superior del menor de manera diferencial en el caso de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad (T-851A de 2012), en virtud de los cuidados especiales que ellos requieren lo que, además, refuerza las obligaciones del Estado en tales eventos. Por su parte, en el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006 se estipularon los derechos en favor de los niños en situación de discapacidad, entre los cuales está su respeto por la diferencia y el disfrute de su vida digna en condiciones de igualdad, así como también está el derecho a recibir un diagnóstico, el tratamiento para sus condiciones de salud y que se adopten las acciones para reducir la vulnerabilidad.

90 Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1995.

91 Por ende, como anexos se aportaron dos respuestas suministradas a la accionante, del 30 abril de 2019 y del 13 de enero de 2020, en donde se le indica lo siguiente: (a) frente al cuestionamiento de la salud del niño, se consideró incomprensible pues ella era consciente de que el niño había sido llevado para que recibiera atención médica y, en todo caso, se aclaró que no puede garantizar el ICBF que tal estuviera inmune a enfermedades; adujo que

respecto al proceso de restablecimientos de derechos, que el mismo se encontraba en curso y se le notificaron todas las actuaciones. Ante cualquier duda, se explicó, ella podía presentarse en la sede del centro zonal para conocer los elementos que requería; por último, adujo frente al requerimiento de que se le entregue al niño, que esta solicitud es improcedente, en tanto se había requerido que la accionante y los demás familiares se presentaran ante Medicina Legal para realizar valoraciones psicológicas y psiquiátricas, las cuales no han sido atendidas. En tal sentido, también se cuestionó que tampoco se hubiere aceptado realizar la prueba de ADN, que había sido solicitada, con el fin de determinar el parentesco existente entre la accionante y el señor Raúl, padre del hijo, lo cual podría ser constitutivo del delito de incesto. Así, se consideró relevante que se aportaran tales pruebas en aras de adoptar una determinación en dicho sentido. En la segunda respuesta, (b) se manifestó que se expedirán las copias del proceso de restablecimiento del derecho que no tengan el carácter de reservado. Además, se advirtió que el análisis respecto a si las condiciones están dadas para el retorno del niño se debían evaluar en su oportunidad y que, el 30 de noviembre de 2019, se debió suspender la visita por el diagnóstico de varicela del niño, lo que hizo que no pudiera tener contacto con nadie más para no poner en riesgo a otras personas.