

Sentencia T-268/16

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Caso en que se separó abruptamente a menor de familia que lo apadrinaba

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

La protección de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños y de las niñas vincula a la familia, a la sociedad y al Estado; todos los particulares y las autoridades públicas tienen la obligación de “asistir y proteger” a los menores “para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Esa misma norma contempla la posibilidad de que cualquier ciudadano exija a la autoridad competente satisfacer los derechos constitucionales amenazados o vulnerados, y solicitar sanción para los infractores.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

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

A la luz de los artículos 42 y 44 de la Constitución, de la jurisprudencia de esta Corporación y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, todos los niños y niñas tienen derecho a tener una familia, a permanecer en ella, y a recibir cariño y cuidado de sus integrantes; la familia es la primera garante de su salud, alimentación, educación, recreación y vivienda; y es la familia la que debe proteger, primero, la vida digna de los niños y de las niñas, evitando que sufran malos tratos, abusos, explotación económica o de otra índole, y violencia física, sexual o moral.

ADOPCION-Medida de protección al menor para garantizar su derecho a tener una familia y suplir las relaciones de filiación

A través de la adopción el Estado establece de forma irrevocable una relación paternofilial entre dos personas que no la tienen.

APADRINAMIENTO DE MENORES-El apadrinamiento o ayuda voluntaria no genera derechos de los padrinos o voluntarios sobre los niños o niñas que deciden apoyar

El apadrinamiento de menores se trata de actos voluntarios que desarrollan el principio de solidaridad contenido en el artículo 1º de la norma superior, y el principio de prevalencia del interés superior dispuesto en el artículo 44, a través de los cuales el constituyente fijó la concurrencia de la sociedad y el Estado para proteger a los niños y a las niñas cuando la familia, como responsable primaria de esa atención, sufren carencias físicas, morales o económicas que le impiden asumir adecuadamente su función de cuidado.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR ADOPCION DETERMINADA-Improcedencia por cuanto menor no se encuentra en situación de adoptabilidad conforme al procedimiento establecido en el Código de la Infancia y de la Adolescencia

El apadrinamiento o ayuda voluntaria no genera derechos de los padrinos o voluntarios sobre los niños o niñas que deciden apoyar.

DERECHO DEL NIÑO AL DESARROLLO ARMONICO E INTEGRAL-Orden al ICBF realizarle a menor valoración médica para determinar su estado de salud mental y establecer cómo ha asumido la decisión de suspender apadrinamiento

Si como resultado de las valoraciones se establece que es garantía de la salud mental y el bienestar del niño, propiciar un acercamiento con la familia padrina, deberá ser el ICBF, el que avale previamente dicho contacto.

Referencia: expediente T-5361321

Acción de tutela presentada por Luisa[1] actuando en nombre del menor Sebastián, contra Children's Vision International Inc. y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido en única instancia por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, el veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (15), en el proceso de tutela iniciado por Luisa actuando en nombre del menor Sebastián, contra Children's Vision International, Inc. y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Dos, mediante auto proferido el veintiséis (26) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

I. ANTECEDENTES

La señora Luisa actuando en nombre del menor Sebastián, presentó acción de tutela contra Children's Vision International Inc. y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (de ahora en adelante ICBF), por la presunta vulneración del derecho fundamental del menor al desarrollo armónico e integral. La accionante explicó que a través del programa de apadrinamiento que ofrece la fundación Children's Vision International, ella y su familia asistieron y cuidaron a Sebastián desde el año 2009, por lo cual se formó entre el niño y la familia padrina una relación cercana en la que el contacto era permanente. Sin embargo, adujo que en la primera mitad del año 2015 la institución restringió las visitas de la familia al menor por petición de la madre del niño quien afirmó que su hijo no requería más del apadrinamiento porque ella se haría cargo de todo lo necesarios para satisfacer sus necesidades básicas.

No obstante, la accionante considera que la progenitora no goza de las condiciones físicas, mentales y materiales para asistir a Sebastián, dado que ha sufrido episodios de farmacodependencia, según se le informó a ella y a su familia cuando iniciaron el proceso de apadrinamiento. En consecuencia, solicita al juez de tutela que proteja el derecho en

menCIÓN y ordene: a Children's Vision International reanudar el contacto de Sebastián con el núcleo familiar y al ICBF incluir al menor en un programa de adopción, y le reconozca a la familia padrina el derecho preferente para adoptar, por el lazo afectivo que han construido con el niño durante 6 años.

Enseguida la Sala pasa a narrar los hechos del caso concreto, la respuesta de las entidades accionadas y vinculadas, y la decisión que se revisa.

1.1. En julio de 2009, la accionante y su familia se postularon para participar en un programa de apadrinamiento de niños y niñas de poblaciones vulnerables ofrecido por la fundación Children's Vision International. Después de evaluar la situación personal y económica de los miembros de la familia y realizar visitas domiciliarias a la residencia donde habitan, la fundación les permitió apadrinar a Sebastián, un niño de 9 años, que padece déficit cognitivo leve-moderado y trastorno de desarrollo del habla y del lenguaje.[2]

La accionante afirmó que por el tiempo que la familia apadrinó al niño, aquél gozó de los siguientes beneficios: (i) afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de Saludcoop EPS[3]; (ii) integración en las actividades de la familia Cortés Sánchez. Para ello, la fundación le permitió al menor salir de la sede Génesis, en la que se encontraba,[4] los viernes en la tarde con el compromiso de regresar los lunes en horas de la mañana; (iii) acompañamiento para asistir a citas médicas y a las terapias ocupacionales y de lenguaje;[5] y (iv) ofrecimiento para inscribir al niño en una institución educativa en la que pueda recibir la atención especializada en razón de los obstáculos cognitivos y de lenguaje que presenta. Este ofrecimiento lo efectuó la familia el 19 de febrero de 2015[6]; no obstante la entidad no accedió a la petición porque, según lo afirmo en la contestación a la tutela, el niño se integrará al Colegio Principio de Sabiduría, que tiene un programa dirigido a atender las necesidades de niños y niñas con discapacidad social.[7]

1.2. También relató que el apadrinamiento se desarrolló regularmente durante 6 años; que por ese tiempo crearon un vínculo de cariño mutuo, y todos los miembros de la familia cuidaron y asistieron al niño. No obstante, agregó que desde el mes de marzo de 2015, la fundación empezó a restringir los permisos y cambió los horarios de salidas los fines de semana, presuntamente, por petición de la madre del menor, la señora Andrea.

Transcurridos algunos meses mantuvieron el mínimo contacto con el niño los sábados y domingos, hasta que definitivamente, sin previo aviso, se rompió toda comunicación.

Expuso que ante las situaciones anotadas, el 6 de julio de ese año ella y su hermana, Julia, elevaron derecho de petición para conocer las razones de lo acontecido.[8] En la comunicación la accionante insistió en que durante los años de apadrinamiento la familia acató las normas de la entidad para relacionarse con el menor, quien es considerado un miembro de la familia y él mismo se siente parte de ella. Expresó que el niño tendrá que soportar un golpe anímico fuerte por la separación de quienes han sido su compañía y lo han apoyado durante su infancia temprana, y resaltó la sensación de abandono que seguramente está experimentando el menor.

También expuso que al momento de iniciar el padrinazgo, a la familia se le hizo un recuento de la historia familiar de Sebastián, indicando que su madre era farmacodependiente. Sobre la base de esa información, la accionante afirmó que ella y los demás integrantes de su familia tienen la preocupación de que el menor no sea asistido adecuadamente por la madre. Sostuvo además, que durante el tiempo que duró el padrinazgo fueron pocas las veces que la señora Andrea visitó al niño en la fundación o le suministró las cosas que aquél requería para su cuidado personal y de su salud.

Sin embargo, la tutelante también indicó que su núcleo familiar está dispuesto a ofrecer a la madre el apoyo que requiera para continuar asistiendo al niño conjuntamente. Sobre este respecto manifestó: “(...) les solicitamos [a la fundación] propicien un encuentro con su mamá biológica, para poder reevaluar esta decisión [la de cancelar el apadrinamiento] y poderle ofrecer a ella tanto como lo hicimos con la fundación, nuestra total e incondicional ayuda para Sebastián, ya que nuestro único interés es su bienestar, iniciando por el emocional que estamos seguros ha sido afectado por el desprendimiento repentino y radical que sufrió desde el pasado 13 de junio y que ya que los conocemos desde hace tanto tiempo podemos saber que debe estar experimentando en este momento un sentimiento de abandono por nuestra parte”. [9]

1.3. El 7 de julio de 2015, la institución contestó el derecho de petición explicado que: (i) la madre del niño solicitó la suspensión del apadrinamiento; (ii) la fundación cuenta con todos los mecanismos para ofrecerle al menor apoyo para el restablecimiento de su bienestar

físico y mental, si por razón de la separación con la familia llegara a necesitarlo y (iii) no se puede acceder a la pretensión de organizar una reunión con la madre del menor, porque aquella no desea tener contacto con los padrinos.

1.4. Dado que la institución no accedió a la pretensión de retomar el contacto de la familia con el niño, lo cual, como se dejó visto, la accionante considera que afecta el estado de ánimo y salud física y mental del menor, aquella decidió solicitar intervención al ICBF. Así fue como el 14 de julio de 2015 remitió un derecho de petición al ICBF Regional Bogotá en el cual amplió los aspectos importantes de la relación de la familia con el niño y describió detalladamente lo ocurrido los últimos meses antes de la separación. Los apartes más relevantes de la misma se transcriben a continuación:

“(…) Sebastián está afiliado en nuestro grupo familiar de EPS bajo la figura de UPS adicional desde el año 2012 en cuanto nos fue concedido el permiso por parte de la Fundación, ya que sin su autorización no nos era permitido afiliarlo. El tema de afiliación a salud no es el único acto de preocupación por el bienestar de Sebastián ya que a lo largo de estos años él ha sido parte activa no solo de nuestro núcleo familiar, sino de nuestra familia y amigos en general, participando de todas nuestras vivencias como familia.

Nos hemos esforzado en darle apoyo en terapias de lenguaje y ocupacional pero lamentablemente este proceso no ha tenido mucho adelanto ya que dependemos de la aprobación de la fundación para poderlo llevar a dichas terapias y continuamente nos las pedían cancelar por actividades que entendemos son importantes pero no tan prioritarias como lo son estas citas de terapias en donde Sebastián mejora sus dificultades cognitivas (...) hemos buscado ayudarlo en casa con estimulación en actividades de natación, caballos, práctica de actividades motoras y aprendizaje de letras o números pero somos conscientes que para el avance requiere ayuda profesional y por ello solicitamos en el mes de diciembre de 2014 de manera verbal, poder hacernos cargo de la educación del niño ingresándolo en un colegio que tuviera los conocimientos pedagógicos que Sebastián requiere, pero lamentablemente nunca recibimos una respuesta por parte de la fundación, así que en febrero de este año enviamos una comunicación formal solicitando el permiso para poder darle a Sebastián este beneficio y aclarando que seríamos responsables económicamente de todo los gastos que requiera, para que la fundación no se viera comprometida con obligaciones económicas y poder acceder a este permiso por parte de la

fundación, pero la negativa fue rotunda y nos citaron a una reunión dos días después la señora (...) y el señor (...) donde nos informaron que luego de 6 años la mamá de Sebastián había aparecido pero no había mostrado ningún interés por recuperar a Sebastián pero aun así nuestra propuesta de un colegio especial no era viable cosa que no entendimos puesto que la mamá no cuenta con los recursos y aún más, si no quiere o no puede hacerse cargo de Sebastián, nuestra ayuda sería lo más favorable para él en este momento, esta situación nos desconcertó ya que extrañamente después de tantos años y luego de manifestar nuestro deseo de querer ayudar a Sebastián en su educación, la mamá apareció (...).

Desde ese momento empezaron a reducir los espacios que compartíamos con Sebastián, las salidas que eran los viernes a las 2 de la tarde se programaron para las 5 pm ya que debíamos esperar a ver si la mamá los visitaba cosa que ocurrió muy pocas veces según los comentarios de las mentoras que nos daban de la salida de Sebastián e incluso de Sebastián mismo que nos contaba que no había tenido visitas de Andrea, hasta iniciado junio teníamos conocimiento que la mamá solo había asistido a visitas 4 veces desde el mes de febrero de este año. En cuanto al retorno a la fundación que eran los días lunes a las 7 am, nos informaron que a partir de febrero debíamos regresar al niño el día domingo a las 5: 30 pm, ya que ellos se encargarían de darle el colegio especial que él requería y al cual asistiría ya muy pronto, por lo que el niño debía habituarse al nuevo horario, estos datos pueden parecer sin importancia pero son relevantes ya que evidenció un cambio total en el comportamiento de Sebastián que desde que llegaba el día viernes a la casa hablaba de llamar a (...) y a (...) para que le dieran permiso de quedarse un día más en la casa y no solo esa angustia lo molestaba, sino que en la fundación también comenzaron los problemas de rebeldía, brusquedad e incluso se empezó a orinar y defecar en los pantalones y en la cama algo que no hace en la casa ya que él solo va al baño o avisa si es de noche. Estos comportamientos por los cuales también fue sancionado sin salidas y ya que la situación era insostenible según ellos por el tema de lavado de cobijas y demás, los llevó a tomar la decisión de colocarle pañal algo realmente absurdo ya que no solo se afectaría su autoestima frente a sus compañeros, sino que también sería retroceder en su desarrollo pero la decisión fue tomada según nos informó la directora de Génesis (...) en equipo técnico que es una reunión semanal realizada cada jueves por lo general.

De igual manera nos enteramos por el niño que ya no estaba en Génesis hogar de los

menores de 0 a 8 años ubicado en (...) sino que lo habían pasado a Éxodo hogar de niños de 9 a 18 años, ubicado en la (...) un hogar donde se encuentran menores con los que Sebastián ha tenido inconvenientes relacionados con malos comportamientos (...) nuestro temor a que viva en Éxodo es total ya que a pesar de su edad física su edad mental es aún de un niño de 4 años según no lo hicieron saber las terapeutas que lo trataron en lenguaje y ocupacional.

(...)

Nuestro único interés desde hace más de 5 años ha sido el bienestar de John y estamos conscientes de que si su mamá apareció y quiere retomar una relación con él, no somos quienes para impedirlos por el contrario apoyamos esta iniciativa si le ayuda a Sebastián (...) no sabemos si ella solicitó quitar el apadrinamientos o fue decisión de la fundación y sobre todo no entendemos como después de 6 años sin rastro de ella puede llegar y desestabilizar la cotidianidad de Sebastián quitándole a quienes ha visto como su familia a los largo de estos años. Sebastián no tiene la edad mental de un niño de casi 9 años pero esto no significa que sea un bebé que no entiende, por el contrario suponemos como es lógico que está afectado por el aparente abandono de mis padres a quienes llama mamita y papito y de nosotras que somos sus hermanas, Sebastián ya tuvo que vivir este sentimiento y los resultados del abandono de sus padres cuando era tan solo un bebé y no es justo que ahora que tiene persona que lo aman y que solo han querido ayudarlo sin ningún beneficio, también tenga que sentirse abandonado por la decisión de alguien que aún no tenemos claro quién es.

Sabemos que no somos los padres y hermanas biológicos de Sebastián, pero los lazos de amor no se dan por sangre, aun así si el bienestar de Sebastián está junto a su mamá, estamos dispuestos a seguir ayudándolo de todas maneras que nos sean posibles y permitidas empezando por una apropiada separación que le ayude a evitar el menor traumatismo posible.[10]

(...)”.

1.5. El 25 de agosto de 2015 la peticionaria envió un documento con similar contenido a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia. De forma adicional a lo dicho en la comunicación remitida al ICBF, la peticionaria

sostuvo: “[I]amentablemente no le dieron la oportunidad a Sebastián de expresar lo que sentía respecto a los cambios que vinieron y que lo afectarían. Por ello acudimos a ustedes para garantizar que se le permita expresar sus sentimientos respecto a esta situación y sean tenidos en cuenta en el momento de tomar decisiones sobre él. Aunque somos conscientes que Sebastián por el abandono que experimento en nosotros debe tener algún tipo de resentimiento, tristeza o quizá incluso por comentarios de terceros, su primera reacción será no querer hablarnos, pero confiamos en que ustedes le garantizaran la atención psicológica que nos negaron darle, para poder superar este evento, calmar los miedos o resentimientos y poder regresar a nuestro núcleo familiar en donde con amor resarciremos el daño provocado por el tiempo que estuvimos separados”[11].

1.6. La accionante sostuvo que actualmente la familia se mantiene separada de Sebastián en cumplimiento de la petición de su madre. Por lo tanto, pidió al juez de tutela que ampare el derecho constitucional vulnerado, reconozca el esfuerzo que ella y su núcleo familiar han hecho para brindar al niño un entorno sano de crecimiento, y con fundamento en ello ordene: a Children’s Vision International reanudar el contacto de Sebastián con la familia y al ICBF incluir al niño en un programa de adopción, y les reconozca a ella y su familia un derecho preferente para adoptar, por lazo afectivo que han construido desde el año 2009.

2. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

2.1. A través de su trabajadora social Children’s Vision International contestó la acción de tutela. La entidad no hizo una petición específica al juzgado de la causa sobre la prosperidad de la acción, no obstante realizó un recuento de las razones por las cuales el niño llegó a la institución y cómo se desarrolla en la actualidad la relación con su progenitora. Sobre estos puntos, adujo concretamente:

(...) con el transcurrir de los años le diagnosticaron déficit cognitivo leve-moderado y trastorno de desarrollo del habla y del lenguaje. Durante todo el proceso del niño en la fundación se le ha brindado alimento, educación, salud, recreación, entre otros. En cuanto a salud Sebastián ha contado con la ayuda necesaria para mejorar su desarrollo integral según cada requerimiento que se presenta.

En cuanto a la vinculación a salud, la familia Cortés (familia de la madrina, Luisa) venía

ayudando al niño con la afiliación a la EPS Saludcoop, como donación a la fundación a favor del niño Sebastián. En el mes de octubre de 2014 la EPS hace sugerencia en uno de los controles, que el niño debía ser vinculado a una institución de educación especial, situación que nunca fue comunicada por la familia Cortés a la fundación, sino hasta el mes de febrero de 2015 fecha en la cual Children's Vision International INC comenzó la búsqueda de un colegio de educación especial para Sebastián tratando de cumplir lo sugerido por la EPS. Aunque la familia Cortés realizó la búsqueda de una institución, Children's Vision International resuelve con la autorización de la progenitora, quien firmó matrícula y afirmó tener la capacidad para matricularlo y sustentar dicha ayuda para el niño, no era necesario que la familia Cortés incurriera en ese gasto.

(...)

En el mes de mayo Sebastián se vinculó al colegio Nuestra Señora de la Sabiduría y gozando de un proceso de dos meses de prueba allí le suministran las terapias necesarias, finalizándolas en el mes de agosto, fecha en la cual el colegio reporta que no puede cumplir y atender las necesidades del niño. Por lo anterior, regresa a estudiar en nuestra institución Children's Vision International – Fundación Colegio Principio de Sabiduría. En el mes de septiembre, teniendo en cuenta que no era viable pasarlo a otra institución por estar finalizando el año escolar, la fundación se compromete a ubicar otro colegio de educación especial, con el fin de que comience el año lectivo 2016.

Cabe aclarar que en el momento que terminó el proceso con el colegio de educación especial en el mes de agosto, la fundación se preocupó y continuó buscando una institución para que el niño siguiera con las terapias y el proceso que venía realizando, por los que en el mes de septiembre se encontró una entidad que se llama Corpoalegría donde se logra vincular a Sebastián, comenzando en el mes de octubre de 2015, con el fin de dar continuidad a sus terapias, con una intensidad aún mejor que la prestada por la EPS Saludcoop y adicional acompañado por la progenitora.

Igualmente, es importante informar que en el mes de marzo de 2015, nos alegró muchísimo cuando después de una larga ausencia por parte de la progenitora de Sebastián, comienza un nuevo proceso de visitas y a vincularse en el mejoramiento y buen desarrollo de su hijo, manifestando llevar un tiempo de dos años y cuatro meses sin consumo de sustancias

psicoactivas. Es excelente el reinicio del vínculo afectivo con su hijo acatando todas las instrucciones dadas por la fundación en cuanto al manejo de Sebastián. Se nota el gozo de ambos al compartir el fin de semana juntos construyendo y reafirmando un fuerte lazo afectivo en visitas al centro de alojamiento. Viendo que su relación ha progresado notablemente, la señora Andrea, madre de Sebastián, con instrucción por escrito de fecha 26 de junio de 2015, experta a la fundación no querer que su hijo siga en proceso de apadrinamiento, solicitud acatada por la fundación e informada a la familia Cortés primero telefónicamente y luego por escrito.

Después de un proceso de acercamiento incluyendo de manera frecuente visitas por parte de la progenitora a Sebastián en la fundación, se realizó por medio de trabajo social una visita domiciliaria a la casa de la progenitora, donde se observan condiciones aptas, por lo que Sebastián y su mamá disfrutaron de salida el fin de semana completo, donde la progenitora demostró su capacidad de ser garante de los derechos de su hijo en todo sentido.

En el mes de octubre de 2015 la progenitora solicita a la familia Cortés por medio de derecho de petición desvincular a Sebastián de Saludcoop, teniendo en cuenta que la progenitora puede vincular al niño a su sistema de salud en Salud Capital, solicitud negada por la familia Cortés. Por lo anterior, la señora Andrea por medio de derecho de petición radicado en Saludcoop solicita sea desvinculado de esa entidad de salud, para ella poderlo afiliar a su EPS. Dicha situación demuestra la dedicación de la progenitora y su compromiso en el proceso de reforzar los vínculos afectivo con su hijo, estando pendiente de todas sus necesidades.”

De otro lado, la entidad anexó a la respuesta una valoración médica efectuada a Sebastián el 17 de octubre de 2015, a cargo de la educadora especial del centro de alojamiento Génesis, la señora Magda, en la cual se analiza el desarrollo físico, de lenguaje, cognitivo y socioafectivo del niño:

(i) En el nivel físico se estableció que el menor ha aumentado su fortaleza física y la destreza manual, así como la coordinación y el tiempo de reacción. Que disfruta de las actividades al aire libre, para compartir con la naturaleza y hacer deporte, especialmente fútbol. También se afirmó que Sebastián interactúa en su entorno social, forma vínculos

afectivos con sus compañeros y participa en actividades lúdicas de tipo competitivo donde se caracteriza por cumplir las reglas que rigen la actividad. Y por otra parte, que desde el mes de junio de 2015 el niño mostró mejoría en el control de esfínteres, de día y de noche, por lo que no se requiere que continúe usando pañales desechables.

Sobre este aspecto se concluyó que pese a que el niño en ocasiones depende de personas mayores, trata por todos los medios de ser independiente en sus quehaceres.

(ii) En el desarrollo del lenguaje la profesional sostuvo que Sebastián adopta los modismos usados por sus compañeros, interviene de manera permanente en las actividades que estimulan la participación y comunicación verbal como los “círculos de reflexión”; memoriza canciones, versos y textos que luego verbaliza, y que expresa sentimientos y emociones con el lenguaje oral, pero también gestual. Utiliza adecuadamente pronombres, preposiciones y el plural.

(iii) En el área cognitiva se evidenció que el niño tiene destrezas motrices para desarrollar actividades como manualidades. Que la lectura es uno de sus pasatiempos. Cuenta números, nombra más de 4 colores y realiza las actividades académicas asignadas en el colegio con la supervisión del personal asignado, mostrando entusiasmo por adquirir conocimiento. Finalmente, se dijo que Sebastián es un niño noble, consuela a sus compañeros si están tristes o lloran, y es amable y colaborador con ellos.

(iv) En cuanto al desarrollo socioafectivo Sebastián juega con sus compañeros en actividades con metas a corto plazo, y ayuda a los niños de menor edad en las actividades pedagógicas. Se entusiasma con el hecho de interactuar con su madre; el tiempo con ella prefiere pasarlo en el parque donde hay gestos de cariño como abrazos, besos y caricias mutuas.

También se adjuntó documento de fecha 20 de octubre de 2015, firmado por la rectora y por la coordinadora de la Fundación Colegio Principio de Sabiduría, en la cual se certifica que el niño está matriculado en grado segundo de educación básica primaria, con un horario de clases de 8:00 am a 3:00 pm, en calendario A.

2.2. El juez de la causa vinculó al proceso a la Personería de Bogotá que mediante su apoderado especial, solicitó que se declare que la entidad no ha desconocido los derechos

fundamentales del Sebastián que no tiene conocimiento de los hechos que sustentan la presentación de esta acción.

2.3. La madre de Sebastián también fue notificada del proceso. Los apartes más importantes de su intervención se relatan enseguida:

“Sea lo primero explicar que soy la madre legítima del menor Sebastián, nacido el 29 de agosto de 2006 en esta ciudad, tal y como lo admite la propia accionante.

Es por ello que salta de bulto que soy la madre legítima del precitado menor y por ende la Constitución y la ley me otorgan todos los derechos de patria potestad y custodia propia del parentesco.

Si ello es así, no entiendo la razón de hecho o de derecho que le pueda asistir a la accionante y familia Cortés, en pretender desconocer dichos derechos y promover una acción de tutela, que tiene como finalidad la de obtener la adopción del mi hijo.

Es verdad que durante algún tiempo de la vida de mi hijo, dicha familia Cortés ha tenido la característica de padrinos de mi hijo, gracias al programa desarrollado por la fundación Children’s Vision International Inc., la cual me ha brindado invaluable ayuda en la crianza de mi hijo, así como en el desarrollo personal y gracias a dicha fundación he logrado superar mis problemas personales y salir adelante en la intención de poder brindarle el mejor de los futuros a mi hijo.

Sin duda, soy una persona de escasos recursos económicos, si soy pobre, muy pobre, pero ello no me imposibilita criar a mi hijo, más aún si cuento con el apoyo de la fundación Children’s Vision como a la fecha lo he tenido, razón por la cual la intención de adopción de mi hijo resulta improcedente.

Sustenta la accionante su petición en el hecho que fui consumidora de alucinógenos, y es verdad, fui consumidora de estupefacientes, pero gracias a Dios y a la ayuda de Children’s Vision pude recuperarme de dicha adicción y desde hace más de tres (3) años no volví a consumir ninguna sustancia ilegal, tal y como se puede corroborar con examen médico que en tal sentido pueden ordenar realizarme, al cual desde ya manifiesto estar dispuesta a practicármelo.

(...)

No desconozco que las intenciones de la accionante puedan estar motivadas por un fuerte lazo afectivo que surgió en el proceso de apadrinamiento de mi hijo a lo largo de estos años, incluso que lleguen a ser personas de mejor condición económica que yo, pero no por ello, puede pretenderse apropiarse de un niño que no les pertenece, reitero, soy la madre de Sebastián y estoy en capacidad de garantizar su desarrollo como persona íntegra y moral, cuento con el respaldo de Children's Vision, y aún si no lo tuviese, lucharía como ahora lo hago en procura de brindar lo mejor posible a mi hijo, bajo el entendido de mis limitaciones económicas, pero ninguna afectiva o moral.

(...)"

2.4. Posteriormente, la apoderada general de Children's Vision International amplió la respuesta a la acción de tutela. Solicitó que se declare que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del niño Sebastián. A su juicio la acción constitucional es improcedente para ordenar la adopción del menor toda vez que no se cumplen los requisitos que exige la ley para ello, pues el niño está siendo debidamente atendido entre la fundación y su madre, por lo cual considera que la señora Cortés Sánchez pretende desconocer los derechos constitucionales y legales que le asisten a la señora Andrea, con base en las dificultades que en el pasado afrontó para asistir al niño. Finalmente, agregó que la entidad puede corroborar que la señora Andrea no ha consumido ningún tipo de sustancia psicoactiva porque a los padres y madres de los niños y niñas adscritos a la institución se les realizan controles médicos periódicos, como requisito para que continúen recibiendo el apoyo que se brinda a los menores.

2.5. El ICBF Regional Bogotá Centro Zonal Rafael Uribe Uribe también participó del proceso de tutela a través del defensor delegado. El funcionario afirmó que la petición de adopción de Sebastián no es procedente dado que el niño no se encuentra en situación de adoptabilidad y esta no es una condición que se adquiere por voluntad de la parte interesada, sino que está supeditada a unos factores sobre su entorno familiar y social, que en el caso del niño no se cumplen.

Sobre el proceso de adopción, el defensor explicó que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se inicia cuando se identifica una amenaza, inobservancia o vulneración de los derechos de un menor, tal como lo consagra el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. De igual forma, que la medida de adopción es de última ratio al constarse una amenaza del bienestar del menor en el entorno familiar o personal cercano. Agregó que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que cuando se presentan situaciones que pueden afectar el bienestar de un niño o de una niña, lo que debe hacer el ICBF es trabajar con la familia del menor para el mejoramiento de las condiciones psicológicas, aptitudes y actitudes, de manera que se convierta ese proceso en una oportunidad para mejorar las relaciones y comportamientos, y el niño o la niña pueda permanecer en su hogar.

Sobre este último respecto y en relación con el caso concreto, el funcionario señaló el área de trabajo social de la entidad ha hecho seguimiento a la relación de Sebastián con su madre, arrojando como resultado de las valoraciones realizadas que:

“(…) no se observan factores de riesgo en el medio familia actual del niño, quien se encuentra vinculado a la fundación Children’s Vision, su progenitora empezó de nuevo a visitarlo desde hace seis meses aproximadamente y refiere que por diversas circunstancias estaba distante del niño pero que desde que regresó quiere estar pendiente de su hijo. De acuerdo a entrevista con funcionarios de la fundación la progenitora se ha mostrado receptiva ante los procesos y está en acompañamiento por parte de los profesionales de la fundación (...). En entrevista con la progenitora no se observan factores de riesgo en el medio familiar actual del niño; se presentaron diversas situaciones que le impedían a la señora estar cerca de su hijo, pero ella misma reconociendo su situación buscó apoyo de la fundación Children’s Vision donde el niño ha contado con el acompañamiento y atención. Se observa que el apoyo de la fundación es prioritario en el caso ya que permite mejorar algunas condiciones de la familia. Por lo anterior se sugiere cierre de la petición ya que en verificación por el área de psicología y trabajo social no se observan factores de riesgo para el niño”.

2.6. La Procuraduría Treinta y Seis Judicial II Familia de Bogotá intervino en el proceso de tutela. Señaló que el derecho de petición radicado por la accionante en el que pedía intervención de esas entidades a favor de Sebastián, fue remitido al ICBF, institución que

debe decidir si hay méritos para iniciar proceso de restablecimiento de los derechos del niño.

3. Sentencia que se revisa

En fallo de única instancia del veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015), el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá negó la pretensión de amparo elevada por la familia, con fundamento en que Sebastián no se encuentra en situación de adaptabilidad conforme al procedimiento establecido en el Código de la Infancia y de la Adolescencia. Sin embargo, el despacho resolvió proteger el derecho al debido proceso en el sentido de ordenar al Centro Zonal Rafael Uribe Uribe que dé respuesta a la solicitud radicada por la señora Cortés Sánchez el 14 de julio de 2015.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. La señora Luisa presentó la acción de tutela que se revisa, porque estima que la fundación Children's Vision International desconoció el derecho fundamental al desarrollo armónico e integral del niño Sebastián por cancelar el apadrinamiento a través del cual ella y su familia lo asistieron y cuidaron de su salud durante 6 años. De acuerdo con los hechos del caso concreto, la decisión la adoptó la institución para dar cumplimiento a la solicitud que la madre del niño elevó pidiendo cancelar el apadrinamiento con fundamento en que actualmente ella tiene los medios económicos y las aptitudes personales para hacerse cargo de él.

De otro lado, la tutelante sostuvo que la madre de Sebastián no goza de las facultades

personales y de la capacidad económica para asistirlo y proveerle todo lo que él necesita; así lo considera porque (i) la madre fue farmacodependiente, y (ii) durante el tiempo que duró el apadrinamiento, aquella lo visitó en pocas oportunidades y no le suministró lo que el menor requería para su cuidado diario. Por lo tanto, la peticionaria afirmó que el ICBF también desconoció la garantía constitucional mencionada, por no incluir al niño en un programa de adopción en el cual se le reconozca al núcleo familiar un derecho preferente para adoptarlo.

2.2. En fallo de única instancia, el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá negó la pretensión de amparo porque Sebastián no se encuentra en situación de adoptabilidad conforme las condiciones establecidas en el Código de la Infancia y de la Adolescencia. No obstante, ordenó al ICBF contestar el derecho de petición radicado por la accionante el 14 de julio de 2015. Sobre la pretensión elevada por la tutelante de ordenar al Children's Vision International reanudar el contacto de la familia con el menor, el despacho guardó silencio.

2.3. La Sala Primera de Revisión considera que los hechos descritos proponen la resolución de dos problemas jurídicos:

(i) ¿Vulnera una institución sin ánimo de lucro dedicada a la asistencia de los niños y niñas de poblaciones vulnerables (Children's Vision International con sede en Colombia) el derecho fundamental al desarrollo armónico e integral de uno de los menores adscritos a la entidad (Sebastián) por suspender el contacto con una familia (Cortés Sánchez) con la cual estuvo vinculado por 6 años a través de un programa de apadrinamiento, sin antes (1) concederle al niño y a sus padrinos el espacio para iniciar un proceso de separación gradual, y (2) promover un acercamiento entre la familia y la madre del menor para que se le reconozca a la primera la labor de cuidado que desarrolló durante el apadrinamiento, y permita que sea ese el espacio en que la familia padrina pueda ofrecerle a la madre apoyo en su labor de asistencia, en caso de que ella lo considere pertinente?; y,

(ii) ¿Vulnera el ICBF la garantía constitucional al desarrollo armónico e integral de un menor (Sebastián), por no acceder a la petición de inclusión del menor en un programa de adopción que efectuó en su nombre una familia (Cortés Sánchez) cuyos miembros fungieron como padrinos del niño por más de 6 años, con base en que aquél no se

encuentra en situación de adoptabilidad?

2.4. Para resolver los interrogantes propuestos, la Sala de Revisión (1) analizará la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales y prevalentes de los niños y de las niñas; (2) retomará la jurisprudencia que desarrolla el derecho fundamental, prevalente y universal a la familia de los niños y de las niñas, y la necesidad de que los menores estén en entornos familiares y sociales adecuados, como presupuesto para garantizar el desarrollo armónico e integral al que se refiere el artículo 44 de la norma superior. En ese mismo apartado reiterará las reglas de adopción con base en la regulación vigente; y finalmente (3) dará las ordenes tendientes a proteger mejor los derechos fundamentales del niño.

3. Procedencia de la acción de tutela que se revisa

3.1. En relación al carácter subsidiario de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución, desarrollado por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, establece que esa vía constitucional procede cuando: (i) la parte interesada no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) sí existe otro medio de defensa judicial, pero aquél es ineficaz para proteger derechos fundamentales y se requiere evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

El análisis de si existe un perjuicio irremediable, por un lado y la evaluación de la eficacia de los otros medios judiciales disponibles, por el otro, son dos elementos constitutivos del principio de subsidiariedad que permiten preservar la naturaleza de la acción de tutela porque: (1) evitan el desplazamiento de los mecanismos ordinarios, al ser estos los espacios naturales para invocar la protección de diversos derechos; y (2) garantizan que la tutela opere cuando se requiere suplir las deficiencias que presenta el orden jurídico para la protección efectiva de tales derechos a la luz de un caso concreto.

3.2. Asimismo, la procedencia de la tutela está supeditada al cumplimiento del principio de inmediatez, en virtud del cual se exige que la acción sea presentada por el interesado de manera oportuna frente al acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de

respetar la configuración de la acción constitucional como un medio de protección inmediata de las garantías fundamentales. Es decir que, pese a no contar con un término para efectuar la presentación, debe existir una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

3.3. Igualmente, en el estudio de procedencia de la acción de tutela el juez de la causa debe verificar el interés de la parte activa para actuar, y la naturaleza de la parte pasiva en calidad de accionada dentro del proceso, es decir, si se trata de una autoridad pública que con su actuación y omisión desconoce o amenaza derechos fundamentales; o si es un particular encargado de la prestación de un servicio público, o respecto de quien el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión. Lo anterior, con fundamento en el inciso final del artículo 86 superior y en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991. Finalmente, tratándose de una acción de tutela promovida en calidad de agente oficioso, el agente deberá manifestar que actúa en esa calidad y relatar al menos de forma sumaria las razones por las cuales el agenciado o agenciada se encuentran en imposibilidad de ejercer su propia defensa.

3.4. Un criterio adicional para definir la procedencia del caso concreto es la conformación de la causa activa cuando se trata de casos que involucran la satisfacción de las garantías constitucionales de los niños y de las niñas. El artículo 44 de la Constitución señala que la protección de los derechos fundamentales y prevalentes de los niños y de las niñas vincula a la familia, a la sociedad y al Estado; todos los particulares y las autoridades públicas tienen la obligación de “asistir y proteger” a los menores “para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Esa misma norma contempla la posibilidad de que cualquier ciudadano exija a la autoridad competente satisfacer los derechos constitucionales amenazados o vulnerados, y solicitar sanción para los infractores.

El contenido de la norma señalada es preciso: todas las personas deben concurrir en la protección de los niños y de las niñas, y están llamadas a ejercer acciones para que cesen las situaciones de vulneración o amenaza que afectan el desarrollo armónico e integral de los menores o el pleno ejercicio de sus derechos. La Sala de Revisión considera que este deber se puede concretar mediante tres tipos de actos: ejerciendo directamente las acciones para eliminar la afectación o amenaza de un derecho; colaborar con las

autoridades competentes en la búsqueda de acciones prontas para que no se perpetúe la violación o se elimine la amenaza; o simplemente, poniendo en conocimiento de las autoridades la situación, para que éstas tomen las medidas adecuadas en el marco de sus competencias.

Ahora bien, como parte de los actos de protección de los particulares está el de acudir a la administración de justicia para que mediante procesos eficaces se garantice el goce efectivo de los derechos fundamentales de los menores.

Tratándose de los derechos de los niños y de las niñas, que son prevalentes, la tutela es, en todos los casos, la acción judicial idónea de protección de sus derechos contra acciones u omisiones que los vulneren o amenacen y hagan inviable la materialización del contenido de protección que otorga el artículo 44[12], las normas concordantes, y los instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescente, como la Declaración de los Derechos de los Niños – aprobada en el año 1959 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas- que insta a los Estados, a la sociedad y a la familia a adoptar todas las medidas de protección de sus derechos de manera progresiva y a través de todas las instancias disponibles, incluyendo medidas legislativas y de otra índole como las judiciales.

Entonces, el requisito de legitimación por activa puede recaer sobre cualquier persona cuando existan causas de presunta afectación o de amenaza latente, y se requiera adoptar una medida de protección inmediata a favor de un niño o de una niña.

3.5. En el caso concreto la Sala de Revisión encuentra que se satisfacen todos los requisitos de procedencia, como se verá a continuación:

(i) Subsidiaridad: no existe otra vía judicial diferente a la acción de tutela para proteger el derecho constitucional al desarrollo armónico e integral de Sebastián. Como se afirmó en párrafos precedentes, la acción de tutela es la vía judicial idónea para proteger los derechos de los niños y de las niñas frente a la acción u omisión de las autoridades, o frente a la acción de los particulares, más aun tratándose de un menor que es también considerado sujeto de especial protección constitucional por razón de las limitaciones físicas y cognitivas que se derivan de su diagnóstico médico de déficit cognitivo leve-moderado y trastorno de desarrollo del habla y del lenguaje.[13] En él concurre una protección especial

por doble vía.

(ii) Legitimación por activa en casos de presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas: la accionante está facultada para solicitar la protección deprecada del menor Sebastián, por aplicación directa del artículo 44 de la norma superior.

Además, sin hacer un juicio previo sobre el contenido de fondo de esta acción de tutela, existe por parte de la señora Luisa una preocupación legítima de proteger los derechos del menor (i) con fundamento en que ella considera que desde que se efectuó la separación, el niño puede estar experimentando sensaciones de abandono y de tristeza, que según su criterio afectan su estado de ánimo y su salud física y mental (ii) porque durante los 6 años que duró el apadrinamiento, ella y su familia fueron cuidadores del bienestar del menor, lo que la lleva a presumir que sin su apoyo el niño no gozará de la asistencia necesaria para vivir bien. Estas preocupaciones, en tanto provienen de una persona cercana al niño, que lo conoce y lo ha cuidado, deben ser valoradas por el juez de tutela.

Lo anterior también encuentra fundamento en el artículo 11 del Código de la Infancia y la Adolescencia que hace expresa la facultad de cualquier persona exigir la protección de un menor ante la autoridad judicial competente. Dice la norma sobre este respecto: “salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier personas puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los niños, las niñas y los adolescentes”. Y continúa señalando que los funcionarios y entidades estatales tienen la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de sus derechos.

De manera que frente a la legitimación por activa, es procedente la revisión del asunto puesto a consideración de la Sala, a través del cual la señora Cortés demanda protección para Sebastián, con fundamento en la relación que los acercó por 6 años, y en cumplimiento del deber del juez de tutela de verificar que el niño esté gozando del mejor bienestar físico y mental, como se deriva de la norma transcrita.

(1) Children’s Vision International es una entidad extranjera sin ánimo de lucro que trabaja en Colombia por la niñez perteneciente a poblaciones vulnerables, registrada en la Cámara

de Comercio de Bogotá[14]. El 1 de octubre de 2015 la entidad renovó el convenio de asociación suscrito con la Agencia Presidencial de Corporación Internacional de Colombia (APC-Colombia), el cual tiene como propósito aunar esfuerzos para apoyar y facilitar de manera ágil y oportuna los procesos de recepción y canalización de donaciones en especie provenientes del exterior, así como su nacionalización y entrega conforme las normas legales nacionales que rigen la materia, y elaborar los planes de destinación de esos recursos.[15]

La fundación es un particular para todos los efectos. Por el objeto mismo de su actividad, sus decisiones afectan directamente la vida de los niños y de las niñas que pertenecen a la fundación (criterios de subordinación e indefensión), y por ello, es una institución susceptible de ser accionada a través de esta vía cuando las decisiones que adopta no garantizan mejor los derechos fundamentales de los menores, como presuntamente sucedió en el caso concreto; y,

(2) el ICBF es la autoridad pública en Colombia responsable de proteger los intereses de los niños y las niñas, de la adolescencia y de las familias. En el caso que se revisa la entidad incurrió, presuntamente, en una omisión al no declarar la adoptabilidad de Sebastián y de forma subsecuente abstenerse otorgar a la familia Cortés Sánchez el derecho preferente a adoptarlo. Sin entrar a discutir de fondo el problema jurídico que vincula al ICBF, el juez de tutela es competente para comprobar que la negativa de la institución se ajustó a la Constitución y a las normas legales que rigen los procesos de adopción.

(iv) Inmediatez: la señora Luisa radicó la acción de tutela que se revisa el primero (1º) de octubre de dos mil quince (2015). La demanda fue admitida el quince (15) de octubre del mismo año, por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito. La última actuación desplegada por la accionante en procura de proteger el derecho fundamental al desarrollo armónico e integral de Sebastián, es la comunicación que remitió a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, Adolescencia y Familia, en la que solicitó su intervención en el proceso. Este hecho ocurrió el veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015). Es decir, transcurrió aproximadamente un mes y medio entre la interposición de la acción de tutela y el último acto que la peticionaria considera que compone el conjunto de hechos que amenazan las garantías constitucionales y prevalentes del menor que agencia. Este término es razonable para declarar la inmediatez de la acción de tutela,

pues se presume que durante ese mes y medio la peticionaria no acudió a la administración de justicia porque estaba esperando la respuesta de la entidad a su solicitud.

3.6. Una vez establecida la procedencia de la acción de tutela de la referencia, la Sala de Revisión pasa a resolver los problemas jurídicos que planteó, sobre la base de reiterada jurisprudencia que desarrolla el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a permanecer en ella.

4. El derecho fundamental, prevalente y universal de los niños y de las niñas a tener una familia y a permanecer en ella

4.1. El artículo 42 de la Constitución desarrolla el derecho fundamental de todas las personas a tener una familia. La norma dispone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; que se constituye por vínculos naturales, o formas jurídicas como el matrimonio, la unión marital de hecho y la adopción; o a través de la voluntad responsable de conformarla. Igualmente, de una interpretación de la norma que garantiza la prevalencia de la dignidad, la libertad y la igualdad, y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha reconocido que el artículo 42 protege y promueve la conformación de la familia a través de diversas formas, no solo aquella compuesta por una pareja de hombre y mujer.[16] Por tanto, este derecho se predica también de las parejas de personas del mismo sexo y a ellas se extienden todas garantías y prerrogativas contempladas en la ley y la jurisprudencia. Además, las parejas de personas del mismo sexo también conforman familia a través de vínculos jurídicos como el matrimonio[17] y la unión marital de hecho[18], o por la voluntad libre de conformarla.

Sobre los hijos, el artículo dispone que las parejas gozan del derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”, a través de vínculos naturales (o naturales asistidos) y la adopción[19]. Este derecho que se acompaña del deber correlativo de “sostenerlos y educarlos” mientras sean menores o sufran una discapacidad física o mental que limite su autonomía.

4.2. Un fin esencial y constitucionalmente protegido de la familia y del derecho a conformarla y a permanecer en ella, es ser el escenario en el que se desarrollan los demás derechos prevalentes de los niños y de las niñas, y dar sustento al principio de interés superior. A la luz de los artículos 42 y 44 de la Constitución, de la jurisprudencia de esta

Corporación y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, todos los niños y niñas tienen derecho a tener una familia, a permanecer en ella, y a recibir cariño y cuidado de sus integrantes; la familia es la primera garante de su salud, alimentación, educación, recreación y vivienda; y es la familia la que debe proteger, primero, la vida digna de los niños y de las niñas, evitando que sufran malos tratos, abusos, explotación económica o de otra índole, y violencia física, sexual o moral.

De igual forma, el principio VI de la Declaración de los Derechos de los Niños dispone que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños y de las niñas, los menores “deben crecer al amparo y bajo las responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y material” y recomienda que salvo circunstancias excepcionales “no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.” La convención propende porque los niños y niñas permanezcan en su familia, y lo contrario es una excepción que solo puede encontrar fundamento en el interés de proteger la vida del menor, la integridad y su bienestar físico y mental.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2009 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” dispone que: “los niños, las niñas y los adolescentes tiene derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes solo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos (...). En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. Y el deber correlativo que se deriva de este derecho vincula a los padres, quienes deben asumir directa y oportunamente la custodia de los menores para satisfacer su desarrollo integral.

Ahora bien, la ley civil ha determinado que los padres gozan de un conjunto de derechos a fin de encausar la relación con sus hijos (que sean menores de edad no emancipados). A esto se denomina patria potestad. El artículo 288 del Código Civil se refiere a esta figura en los siguientes términos: “[l]a patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.” Asimismo, el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla en el artículo 14 el concepto

de responsabilidad parental, indicando que se trata de una institución que complementa la patria potestad y que se explica como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, de las niñas, y de los adolescentes, durante su proceso de formación. La responsabilidad parental incluye la concurrencia solidaria entre el padre y la madre en asegurar el máximo nivel de satisfacción de los derechos del menor o del adolescente, con la advertencia expresa de que bajo ningún caso el ejercicio de este deber puede conllevar a actos de violencia física, psicológica o acciones que impidan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio de sus derechos.

En la sentencia C-404 de 2013[20], la Sala Plena de esta Corporación analizó la constitucionalidad del término “legítimo” contenido en la versión original del artículo 288 del Código Civil, que disponía que solo sobre los hijos “legítimos” recaía la patria potestad. Para sustentar que la diferencia entre hijos “legítimos” e “ilegítimos” suponía una desprotección de los hijos no nacidos en el matrimonio o adoptivos, y un desconocimiento del principio de igualdad material, la Sala retomó la figura legal de patria potestad y adicionó su contenido constitucional en este sentido: “la patria potestad es una institución creada por el derecho para facilitar la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, lo que significa que la patria potestad no se ha otorgado a los padres en provecho personal, sino como un deber que reporta bienestar al menor en cuanto a la crianza, la educación, el establecimiento de la persona; éstos último relacionado directamente con la ayuda y asistencia que le deben otorgar al menor”. Además, agregó que la patria potestad tiene vigencia en la medida en que sirva al “logro del bienestar del menor, de forma tal que no quedan a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren, sino a favor de los intereses de los hijos menores.”[21]

De otro lado, la legislación nacional también desarrolla expresamente el deber de asistencia de los niños y las niñas. Así, el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone en el artículo 7º que el Estado tiene a su cargo la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, que se traduce en acciones para prevenir la amenaza o vulneración de sus garantías constitucionales y la certeza de que sus derechos serán reestablecidos en cualquier evento, en desarrollo del principio de interés superior.[22] Esta protección se materializa en la responsabilidad de la nación y los entes territoriales de desarrollar políticas y acciones con la correspondiente asignación presupuestal, física y humana para

ejecutarlos. Enseguida, el artículo 10 se refiere a la corresponsabilidad entre la familia y la sociedad para la atención, cuidado y protección de los menores y los adolescentes, pero advierte que las instituciones públicas o privadas que prestan servicios sociales no podrán invocar este principio para negar la atención que demande la satisfacción de sus derechos fundamentales, sobre la base de que a otra entidad (o persona) le corresponde asumir la asistencia del niño o la niña en determinado caso.

Adicionalmente, a través de los artículos 40 y 41 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el legislador desarrolló las obligaciones de la sociedad y el Estado para con los niños y las niñas (y los adolescentes), sobre la base de la enunciación que la Constitución contiene en su artículo 44. En igual sentido, los artículos posteriores desarrollan los deberes específicos de las instituciones educativas, del Sistema General de Seguridad Social en Salud, de los medios de comunicación y de la autoridad de televisión.

4.3. Cuando por voluntad o razones que no le son atribuibles, la familia es incapaz de ofrecer a los niños y a las niñas un entorno apto para su crecimiento, y las condiciones materiales o morales impiden que el niño o la niña satisfaga sus necesidades básicas, o cuando en casos extremos los menores sufren maltrato, violencia o abandono; la sociedad y el Estado, en aplicación del principio constitucional de solidaridad y del principio de correlatividad en el ámbito de protección legal del interés superior del menor, deben suplir las deficiencias del hogar y proteger al niño o la niña a través de medidas de atención que van desde asistir al núcleo familiar y al menor, o retirar al niño o la niña del entorno nocivo.[23]

La amonestación pertenece al primer tipo de medidas a cargo las instituciones del Estado para corregir una situación de amenaza o vulneración de los derechos de los niños y de las niñas. Está contenida en el numeral 1º del artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia. La amonestación es una conminación a los padres o a las personas responsables del cuidado del menor para que cumplan las obligaciones que les corresponden o aquellas que la ley les impone. El procedimiento comprende la orden perentoria para que cesen las conductas que puedan vulnerar o amenazar sus derechos fundamentales y la obligación de asistir a un curso pedagógico sobre derecho de la niñez a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Las medidas de retiro del niño, niña o el adolescente del entorno que afecta su bienestar se concretan en: (i) ubicación en medio familiar (padres o parientes). Si se verifica que la familia carece de los recursos económicos necesarios para atender al menor, el ICBF brindará el sustento hasta tanto aquella pueda garantizarlo de forma particular; (ii) ubicación en hogar de paso (red de hogares adscritos al ICBF). Esta alternativa, procede cuando no aparecen los padres, los parientes o personas responsables del cuidado del niño, la niña o el adolescente. En este caso, el menor no puede permanecer en el hogar de paso por un tiempo mayor a ocho (8) días hábiles; y (ii) ubicación en hogar sustituto. Opera por las mismas razones de la opción de ubicación en un hogar de paso, pero puede extenderse hasta por seis (6) meses prorrogables. Por el tiempo que dure la situación el ICBF debe asistir económicamente a la familia y es la institución la que se subroga los derechos contra las personas que por ley deban alimentos al menor.

Las medidas descritas se complementan con la vinculación del niño, la niña o el adolescente a programas de atención especializada para minimizar los efectos del hecho vulnerador, o cuando se trate de condiciones personales que requieran especial atención como el embarazo o la discapacidad.

4.4. Finalmente, para casos en los que el niño, la niña o el adolescente no tienen familia o parientes que los asistan, es decir, que se encuentra en situación de abandono, o cuando existiendo un responsable directo, éste decide romper el vínculo natural con el menor o el adolescente, el Estado dispone de la posibilidad de acudir a la adopción, buscando satisfacer el derecho fundamental, prevalente y universal de los niños y de las niñas a tener una familia y a permanecer en ella.

A través de la adopción el Estado establece de forma irrevocable una relación paternofilial entre dos personas que no la tienen. Se encuentra regulada por los artículos 61 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia. La disposición designa al ICBF como autoridad central en materia de adopción. En esa medida, solo el Instituto puede desarrollar programas de adopción directamente o a través de las instituciones que autorice para tal fin. Se pueden adoptar niños y niñas y jóvenes hasta los 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres. En caso de tratarse de una persona mayor de edad, el requisito que se exige para que proceda la adopción es que el adoptante hubiera tenido a su cuidado y convivido bajo el

mismo techo con el adoptivo por lo menos dos años antes de que este cumpliera 18 años.

Cuando los padres o responsables del adoptivo están identificados, el requisito esencial para que proceda la adopción es su consentimiento. El artículo 66 del Código señala que el consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad, se efectúa ante el defensor de familia, quien a su turno les informará a los declarantes sobre las consecuencias jurídicas y psicosociales de la decisión. El consentimiento debe estar libre de error, fuerza y dolo. Cuando se decide adoptar al hijo acabado de nacer se entenderá que hay consentimiento para dar en adopción un mes después del día del parto. De otro lado, la persona que manifiesta su consentimiento para dar en adopción a su hijo, puede revocarlo en el mes siguiente a su otorgamiento.

En tanto el derecho fundamental, prevalente y universal a la familia y a permanecer en ella supone que los niños y las niñas no sean separados de sus padres por cualquier razón, si no por aquellas circunstancias que repercuten en el bienestar del menor, las autoridades tienen el deber de abstenerse de actuar en contra de la unidad familiar, especialmente a la hora de determinar si procede o no una medida de adopción.

La unidad familiar es la faceta del derecho a la familia que protege la cercanía permanente del menor con su familia, especialmente, con sus padres y hermanos, o parientes responsables cercanos. Igualmente, cualquier decisión que adopte una autoridad debe estar fundamentada adecuadamente, esto significa que sea precedida por un procedimiento en el cual la autoridad pueda valorar eficazmente los hechos a través de los cuales se presume que el menor está en riesgo o sus derechos fundamentales se encuentran amenazados, y no tomar determinaciones que tenga un resultado contrario a satisfacer adecuadamente las garantías constitucionales comprometidas.

En esta materia la Corte ha reconocido que el Estado tiene a su cargo el diseño y la implementación de “políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños, en especial, aquellos de menor edad”, e hizo

énfasis en que “la acción estatal a favor de los menores de dieciocho años no puede dirigirse exclusivamente a la implementación de medidas de restablecimiento de derechos como la ubicación de los niños, niñas y adolescentes afectados en centros de emergencia, hogares de paso o disponiendo su adopción, pues, a pesar de tratarse de mecanismos legítimos y necesarios en algunos casos para proteger efectivamente sus derechos frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, esas medidas estatales deben prioritariamente ser aquellas que les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.)”. [24]

4.5. En síntesis, atendiendo el rol fundamental que juega la familia como núcleo esencial e institución básica de la sociedad, y el derecho fundamental, prevalente y universal de los menores a tener una familia y permanecer en ella, cuando una autoridad pública se enfrenta a un caso en donde se involucra la garantía efectiva de ese derecho, debe ser especialmente cuidadoso en estudiar las circunstancias particulares que los rodean y tomar la decisión que resulte más garante de los intereses del menor, sobre todo cuando aquellos entren en conflicto con otro tipo de intereses.

5. Caso concreto

A juicio de la Sala de Revisión, la fundación Children’s Vision Internacional amenazó el derecho fundamental al desarrollo armónico e integral de Sebastián, por cancelar el apadrinamiento que por 6 años desarrolló en su favor la señora Luisa y su familia, sin antes hacerlo (i) partícipe del proceso y (ii) ejercer medidas de protección tendientes a garantizar su bienestar físico y mental. Por su parte, la Sala considera que el ICBF actuó conforme a la constitución y la regulación legal vigente, cuando resolvió negar la solicitud de declarar en estado de adoptabilidad del menor, protegiendo de esa forma el derecho que le asiste al niño a estar cerca de su madre, Andrea, que es su familia, y a permanecer junto a ella mientras sus derechos constitucionales fundamentales estén protegidos.

5.1. Para iniciar, la Sala quiere referirse a la primera pretensión elevada por la accionante en representación del menor Sebastián, cual es la de ordenar a Children’s Vision International restablecer el contacto del menor con ella y su núcleo familiar, sobre la base

de presumir que la forma como se adelantó la separación pone en riesgo el bienestar físico y mental del niño, dadas las sensaciones negativas de tristeza y abandono que pudo experimentar cuando se canceló el apadrinamiento, y específicamente, por el hecho de que la entidad no le permitió al menor despedirse y expresar sus sentimientos sobre lo que estaba ocurriendo. La Sala comparte la aproximación de la accionante en el sentido de que suspender el apadrinamiento y contacto del menor con la familia Cortés Sánchez la cual, durante 6 años lo asistió, lo visitó en la institución educativa, lo integró a su entorno social, asumió el costo de su seguridad social, y lo acompañó a las citas de terapias médicas, amenaza el derecho fundamental del niño al desarrollo armónico e integral.

No obstante, antes de tomar una decisión sobre la protección a otorgar al niño para proteger prontamente su derecho fundamental, la Sala de Revisión quiere hacer la siguiente precisión:

El apadrinamiento de menores, por medio de instituciones como Children's Vision International o donaciones a favor de la población infantil vulnerable, no genera derechos de los padrinos o donantes sobre los niños o las niñas. Se trata de actos voluntarios que desarrollan el principio de solidaridad contenido en el artículo 1º de la norma superior, y el principio de prevalencia del interés superior dispuesto en el artículo 44, a través de los cuales el constituyente fijó la concurrencia de la sociedad y el Estado para proteger a los niños y a las niñas cuando la familia, como responsable primaria de esa atención, sufren carencias físicas, morales o económicas que le impiden asumir adecuadamente su función de cuidado.

En el caso concreto, la familia Cortés Sánchez mantuvo una relación con Sebastián, en virtud del apadrinamiento de que fue objeto. Tal circunstancia les permitió construir conjuntamente relaciones de afecto y cotidianidad, pero su característica principal es que la familia realizó actos voluntarios en el marco de un programa de acompañamiento y asistencia, por intermedio de una fundación que tenía a su cargo garantizar el bienestar del niño. La Sala resalta que el niño y la familia crearon una relación que les permitió generar lazos de confianza, cariño, ayuda y respeto mutuo. De otro lado, el afecto, la cercanía y el tiempo prolongado que compartieron juntos fueron determinantes para que la familia alimentara la expectativa de integrar al menor en su núcleo de forma definitiva.

Sin embargo, en el marco de los programas de apadrinamiento, los niños y las niñas y sus padrinos se relacionan sin límites identificables, y que, posteriormente, nazca en alguna de las partes una expectativa de continuar la relación de forma permanente, y esta posibilidad no sea viable, resultando preocupante. En ese escenario el más afectado será el menor y surgirán entonces situaciones de conflicto como la que se estudia en esta sentencia.

La cercanía entre el niño y la familia Cortés Sánchez fue constante y prolongada, así lo describió la accionante y lo confirmó la institución demandada en la contestación a la acción de tutela. Sin embargo, cualquier derecho que la familia crea tener sobre Sebastián es improcedente, desnaturaliza la finalidad del apadrinamiento y el cuidado voluntario. Además, desconoce las normas que rigen la protección y custodia de los niños y las niñas, en tanto solo el ICBF podría eventualmente decidir sobre la permanencia del menor con dicha familia u otra diferente a la que le ofrece su progenitora, y bajo el criterio del interés superior del menor y no a petición del interesado.[26]

Estando claro el escenario en el que, ciertamente, se desarrolló la relación del menor con la familia Cortés Sánchez, la Sala quiere retomar el punto inicial para señalar que Sebastián sí tenía derecho a conocer las razones de la separación de personas que estuvieron muy ligadas a su vida diaria durante la mayor parte de su infancia. Al igual que lo afirma la peticionaria, la Sala de Revisión puede presumir razonablemente que la separación intempestiva pudo afectar el estado anímico del niño. Esta postura no cuestiona la decisión de la madre de cancelar el apadrinamiento, pero si significa que la decisión de la progenitora no puede desconocer el impacto del apadrinamiento en la vida del menor.

En consecuencia, la Sala estima que se debe proteger el derecho fundamental al desarrollo armónico e integral de Sebastián a través de una orden tendiente a modificar la forma como se surtió el proceso de separación de sus padrinos. La orden se corresponde con los actos identificados por la Sala como acciones que Children's Vision International omitió realizar en su posición de garante de los derechos constitucionales del niño. Las situaciones identificadas son: (i) a la familia no se le permitió despedirse del niño y explicarle, desde su punto de vista, las razones de la separación y la cancelación del apadrinamiento; (ii) al niño no se le permitió despedirse de la familia; (iii) tampoco se escuchó la voz del menor para que expresara sus sentimientos con respecto a la separación; (iv) al niño no se le ha hecho seguimiento al estado de su salud mental para

determinar si ha asumido sanamente la separación de la familia padrina, o por el contrario, establecer si de algún modo ese hecho ha afectado su bienestar; y (v) a la familia no se le dio la oportunidad de ofrecer directamente a la madre del menor la ayuda voluntaria a la que se refirió en las comunicaciones dirigidas a la fundación y al ICBF.[27]

5.2. En principio, la orden de protección para mitigar los efectos de los actos identificados debería estar dirigida a Children's Vision International, por ser la entidad a través de la cual se surtió el apadrinamiento. Sin embargo, en armonía con el parágrafo del artículo 11 del Código de la Infancia y la Adolescencia[28] en concordancia con el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 7º de 1979 "por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones"[29], la Sala considera que para proteger mejor los derechos del niño, debe ser el ICBF Regional Bogotá, en coordinación con la fundación, la que, en el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia le realice a Sebastián una valoración médica a través de un grupo interdisciplinario compuesto por profesionales que tengan a su cargo la protección del derecho a la salud de los niños y las niñas bajo el cuidado de esa autoridad, y determine a partir de los resultados obtenidos cuál es el estado de la salud mental actual del menor, con el propósito adicional de establecer cómo ha asumido la decisión de su madre de suspender el apadrinamiento y en ese orden de ideas, concluir si las expectativas relacionales que el niño tiene con la familia Cortés Sánchez, si las tiene, pueden ser cumplidas sin afectar: (a) su bienestar a corto y a largo plazo, y (b) la relación con su progenitora. Además, se deberá entrevistar a la madre con el fin de que manifieste qué considera que es lo mejor para su hijo respecto a la relación de apadrinamiento que aquél sostenía con la familia Cortés Sánchez, en virtud del derecho de patria potestad que le asiste.

5.3. Ahora bien, si como resultado de las valoraciones antes enunciadas se establece que es garantía de la salud mental y el bienestar del niño, propiciar un acercamiento con la familia padrina, deberá ser el ICBF, el que avale previamente dicho contacto. Sin perjuicio de otras medidas que la entidad estime que protejan mejor los derechos fundamentales del niño; la Sala sugiere como forma para materializar el acercamiento, que se convoque a una reunión en la que estén presentes los profesionales antes señalados, el niño, la progenitora y la familia padrina, en la que por lo menos se dé el espacio para desarrollar los siguientes

momentos:

(i) Se otorgue la oportunidad al niño de manifestarle a sus padrinos lo que siente por razón de la separación y la forma como le gustaría o espera relacionarse en el futuro con ellos, si es lo que quiere. El niño también podrá despedirse de la familia si es lo que desea hacer. Igualmente, los miembros de la familia podrán manifestarle al niño sus sentimientos de afecto, lo que significa para ellos y como enriqueció sus vidas.

(ii) En un segundo momento y sin la presencia del niño, los profesionales convocados y los funcionarios del ICBF responsables de este caso, expondrán a la señora Andrea y a la familia padrina los resultados obtenidos de la valoración médica. Les explicaran detalladamente cómo ha asumido el niño la separación y las expectativas que aquél tiene de continuar relacionándose con la familia Cortés Sánchez. Además, propondrán a las partes la forma cómo se han de satisfacer esas pretensiones, con miras a garantizar el mejor nivel de bienestar físico y mental del niño, y evitando a toda costa que las eventuales discrepancias entre la madre del menor y la familia padrina, afecten el resultado satisfactorio el proceso. Todas las sugerencias de los profesionales deberán ser aceptadas por la madre y por la familia Cortés.

(iii) En un tercer momento y sin la presencia de Sebastián, la familia padrina tendrá el espacio para manifestarle a la señora Andrea la ayuda que a través de esta acción reconoció estar dispuesta a brindarle. La familia expondrá su propuesta, si se trata de una ayuda a corto o a largo plazo, y detallará el contenido y la forma de realizarlo. Igualmente, la Sala de Revisión deja en claro que la madre tiene derecho a rechazar la ayuda ofrecida por la familia, como ya sucedió previamente conforme los hechos contenidos en la acción de tutela, cuando la ayuda se ofreció a través de la fundación accionada, y la progenitora manifestó no estar interesada.

Para el cumplimiento de lo resuelto por la Sala, Children's Vision International servirá de intermediario, a través de su representante legal en Colombia o quien haga sus veces, entre el niño y la familia Cortés Sánchez, y entre la familia mencionada y la madre del menor, pero la dirección y el seguimiento permanente de la situación estará a cargo del ICBF. Además, será el instituto el encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones o sugerencias que los profesionales en la salud efectúen sobre el estado de bienestar del

niño, para garantizar la satisfacción de sus garantías constitucionales. Finalmente, si la familia y la madre del menor llegan a un acuerdo satisfactorio sobre la ayuda que la primera decida ofrecer a la segunda y el acercamiento con el niño, será esa autoridad la encargada de velar porque las partes mantengan la intención de cumplir lo pactado, siempre en beneficio del menor.

Además, la Sala oficiará a la Procuraduría Treinta y Seis Judicial II Familia de Bogotá, vinculada a este proceso, para acompañe el cumplimiento de las órdenes contenidas en esta sentencia y en el marco de sus competencias, adopte las decisiones que correspondan para hacer efectiva la protección otorgada por la Sala al menor Sebastián.

5.4. Finalmente, como segunda pretensión, en el escrito de tutela la accionante solicitó en nombre de Sebastián ordenar al ICBF que lo inscriba en un programa de adopción y le conceda a ella y a los demás miembros de la familia Cortés Sánchez el derecho preferente a adoptarlo. Esta pretensión la efectuó sobre la base de considerar que la madre no tiene las facultades físicas, morales y materiales para asistir adecuadamente al niño y cuidar su especial condición de salud. La Sala estima que esta pretensión es improcedente. Como se dejó dicho en la parte inicial de este apartado, el apadrinamiento o ayuda voluntaria no genera derechos de los padrinos o voluntarios sobre los niños o niñas que deciden apoyar.

La señora Andrea reconoció que está haciendo un esfuerzo por superar las circunstancias que en el pasado la alejaron de su niño y la obligaron a dejarlo al cuidado de la fundación accionada; en ese contexto, es decir, mientras se pueda constatar que la madre tiene un compromiso afectivo, moral y material con el niño, ella es su familia, y es la madre la que ejerce la patria potestad y los derechos que de esa institución se derivan. Con esto se quiere precisar, como lo afirmó el ICBF, que Sebastián no se encuentra en situación de adoptabilidad y que adquiere el estatus solo cuando la autoridad de familia comprueba la afectación de sus derechos fundamentales.

Además, vale la pena resaltar que al momento de suscribir el apadrinamiento a la familia se le hizo explícita la imposibilidad de pretender adoptar el niño, al reconocer la entidad que carece de competencia para disponer sobre los niños y las niñas que asiste. En las normas que rigen el funcionamiento de la institución, anexadas al expediente de tutela, se

establece concretamente como prohibiciones: “(...) 16. Concebir procesos de adopción con los niños, niñas o jóvenes de la Fundación, teniendo en cuenta que la única autoridad para las adopciones es el ICBF. Children’s Vision bajo ninguna circunstancia hace adopciones o entrega de niños a quien no sea su representante legal (...)”.[30] En el caso que se revisa, la expectativa de la familia Cortés Sánchez de incluir a Sebastián en su núcleo de forma permanente, cede ante el interés superior del niño, que se materializa, concretamente, en proteger su derecho a estar cerca a su madre y permanecer con ella.

5.5. Por lo demás, la Sala de Revisión confirmará parcialmente la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, que negó la protección del derecho al desarrollo armónico e integral invocada por la señora Luisa actuando en nombre del menor Sebastián, en tanto negó la pretensión de ordenar al ICBF declarar la adoptabilidad del menor. Pero adicionará en el sentido de amparar la garantía constitucional invocada al desarrollo armónico e integral, con fundamento en que Children’s Vision International surtió inadecuadamente el proceso de separación del niño de la familia Cortés Sánchez.

6. Conclusiones

La Sala de Revisión considera que las reglas que se derivan de la decisión adoptada, aplicable a casos futuros similares, son:

6.1. Todos los niños y las niñas tienen un derecho fundamental, prevalente y universal a tener una familia y a no ser separados de ella. Una decisión que afecte el goce efectivo de la unión familiar solo puede estar fundamentada en la evidencia de que el entorno familiar es nocivo para su desarrollo armónico e integral y tener como objeto satisfacer el interés superior, y en ese evento el menor debe ser reubicado en un entorno adecuado y gozar de la asistencia de las instituciones del Estado hasta tanto se supere definitivamente la situación de vulneración o riesgo. Sin embargo, las medidas de reubicación son la última ratio de toda decisión. En casos de presunta afectación de los derechos de los menores, la sociedad y el Estado, en aplicación de los principios de solidaridad y correlatividad, deben asistir tanto al menor como a su familia y buscar conjuntamente, a través de programas de asistencia y ayuda profesional, remediar la situación negativa que amenaza el bienestar del niño o la niña y propender porque no se rompa el contacto con su núcleo familiar.

En el marco de estos programas, se entiende que la generosidad de los padrinos o voluntarios desarrolla el artículo 44 de la Constitución, es decir, es solidaria y concurrente, y una interpretación diferente contraría la naturaleza propia de esa asistencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, el veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015), en tanto negó la pretensión de ordenar al ICBF declarar la adoptabilidad de Sebastián, elevada en su nombre por la señora Luisa, dentro del proceso de tutela iniciado contra Children's Vision International Inc. y el ICBF. Pero adicionar la sentencia en el sentido de AMPARAR la garantía constitucional al desarrollo armónico e integral del menor.

Segundo.- En tal sentido, ORDENAR al ICBF regional Bogotá que en el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación del fallo, y en coordinación con Children's Vision International le realice a Sebastián una valoración médica a través de un grupo interdisciplinario compuesto por profesionales que tengan a su cargo la protección del derecho a la salud de los niños y las niñas bajo el cuidado de esa autoridad, y determine a partir de los resultados obtenidos cuál es el estado de la salud mental actual del menor, con el propósito adicional de establecer cómo ha asumido la decisión de su madre de suspender el apadrinamiento y en ese orden de ideas, concluir si las expectativas relacionales que el niño tiene con la familia Cortés Sánchez, si las tiene, pueden ser cumplidas sin afectar: (a) su bienestar a corto y a largo plazo, y (b) la relación con su progenitora. Además, se deberá entrevistar a la madre con el fin de que manifieste qué considera que es lo mejor para su hijo respecto a la relación de apadrinamiento que aquél sostenía con la familia Cortés Sánchez, en virtud del derecho de patria potestad que le asiste.

Si como resultado de las valoraciones antes enunciadas se establece que es garantía de la salud mental y el bienestar del niño, propiciar un acercamiento con la familia padrina,

deberá ser el ICBF, el que avale previamente dicho contacto. Sin perjuicio de otras medidas que la entidad estime que protejan mejor los derechos fundamentales del niño, la entidad podrá observar las sugerencias contenidas en el apartado [5.3.] de la parte considerativa de esta providencia.

Tercero.- Para el cumplimiento de lo resuelto por la Sala, Children's Vision International servirá de intermediario, a través de su representante legal en Colombia o quien haga sus veces, entre el niño, la familia Cortés Sánchez, y entre la familia mencionada y la madre del menor, pero la dirección y el seguimiento permanente del caso estará a cargo del ICBF. Como coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Además, será el instituto el encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones o sugerencias que los profesionales en la salud efectúen sobre el estado de bienestar del niño, para garantizar la satisfacción de sus derechos fundamentales amenazados. Finalmente, si la familia y la madre del menor llegan a un acuerdo satisfactorio sobre la ayuda que la primera decida ofrece a la segunda y el acercamiento con el niño, será esa autoridad la encargada de velar porque las partes mantengan la intención de cumplir lo pactado, siempre en beneficio del menor.

Cuarto.- OFICIAR a la Procuraduría Treinta y Seis Judicial II Familia de Bogotá para acompañe el cumplimiento de las órdenes contenidas en esta sentencia, y en el marco de sus competencias, adopte las decisiones que correspondan para hacer efectiva la protección otorgada por la Sala al menor Sebastián.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Nombres ficticios dados a las partes intervinientes en el proceso para proteger la identidad de los menores de edad implicados.

[2] Sebastián nació el 29 de agosto de 2006; ingreso a ingresó a Children's Vision International cuando tenía 15 meses. De su historia médica se establece que padece retraso del desarrollo psicomotor y que en sus primeros meses estuvo asistiendo a terapia respiratoria por bronquiolitis recurrente (folio 23 a 27 del cuaderno principal. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a no ser que se diga expresamente otra cosa).

[3] El menor ha estado afiliado al Sistema de Salud, en calidad de beneficiario adicional del padre de la tutelante, el señor Abel Cortés (folios 1 a 4).

[4] En la sede Génesis de la entidad viven los niños y las niñas adscritos que tiene edades entre 0 a 8 años de edad. Además de habitación, los menores reciben en esa institución tres comidas al día y refrigerios; asisten a clases curriculares y actividades lúdicas y de deporte (folios 102 a 105).

[6] A través de correo electrónico la señora Julia emitió la propuesta a la fundación, consistente en matricular al niño en la institución Gimnasio Nueva Villa Mayor, que cuenta con un programa de educación especial. Como fundamento del ofrecimiento la familia sostuvo lo siguiente: "[c]omo saben, desde que estamos apadrinando a Sebastián hemos buscado su bienestar en todos los aspectos, físico, de salud, familiar, etc.; pensando en esto, queremos manifestarles nuestro deseo de brindarle una educación especial que como ustedes saben él requiere por su condición cognitiva. Esta iniciativa por supuesto ha sido pensada buscando siempre la facilidad en el manejo del cuidado que ustedes llevan con Sebastián para evitar el menor inconveniente posible en las normas que tiene la fundación. Por ello buscamos vivir cerca de la fundación y de igual manera buscar un colegio cercano que pueda brindarle a Sebastián la atención y educación que por su condición se requiere

que sea de educación especial. Esta institución está ubicada a 5 minutos de la fundación por lo cual se nos facilitaría llevarlo en el momento que ustedes lo requieran. Como lo hemos manifestado en ocasiones anteriores, nosotros estamos en la disposición de asumir los gastos que se generen por Sebastián como lo son las terapias ocupacionales y de lenguaje, controles cognitivos y por supuesto la educación especial que requiera y por ello les enviamos la información de la ubicación y costos de la institución los cuales asumiremos en su totalidad (...).”.

[7] Folios 133 a 136

[8] Folio 20.

[9] Comunicación dirigida a la entidad el 6 de julio de 2015 (folio 20).

[10] Folios 62 a 65.

[11] Folios 66 a 75.

[12] En las sentencias que se citan a continuación las diferentes Salas de Revisión de la Corporación aceptaron la procedencia de la acción de tutela interpuesta por un tercero en favor de un niño o de una niña, sobre la base de la aplicación directa del artículo 44 de la Constitución. Así por ejemplo, en la sentencia T-029 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) la Corte reconoció que la legitimidad por activa de la accionante del proceso de tutela se fundamentaba directamente en el artículo 44 superior. Se trató del caso de una persona que solicitó al ICBF actuar en defensa de varios niños en estado de indigencia que vivían en diferentes parques de la ciudad de Villavicencio. La ciudadana relató que las niñas y los niños estaban expuestos a condiciones de abandono, intemperie y promiscuidad y que le preocupaba ver cómo “estas criaturas inocentes se consumen cada día en el vicio, en las enfermedades y el temor – temor a ser asesinados como había ocurrido con algunos de sus compañeros, según le relataron algunos menores a la peticionaria- La accionante pedía, en concreto, que el ICBF les brindara a las niñas y a los niños rehabilitación física y moral, y realizara las gestiones para ayudarlos a recuperarse de la situación de abandono. La Corporación dijo en esa oportunidad: “[e]l bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad -tanto doméstica como política-, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus

derechos son, en estricto sentido, asunto de interés general. Son fin del sistema jurídico, y no hay ningún medio que permita la excepción del fin. Pero no basta con el deber de asistencia, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia también a proteger al niño. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor. Por ello el artículo 44 superior, concluye en su último inciso: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; lo cual está en consonancia con el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución que señala: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (...)”. Esta especial protección -que abarca a la infancia- más la prevalencia de los derechos de los niños, hace que estos tengan una exaltación jurídica, dado el interés general que, al recaer sobre ellos, se hace superior y, por tanto, incondicional. Lo anterior se traduce en el ineludible deber del Estado y de la sociedad de respetar, en primer término, dicha prevalencia, y de actuar de manera inmediata e incondicional, siempre que la infancia se halle en estado de necesidad, como deber prioritario e ineludible. Si los derechos de los niños son prevalentes, el deber del Estado de asistencia y protección a la infancia, también lo es. Luego no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores, porque el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.” Ver en igual sentido las sentencias T-385 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-715 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-963 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-881 de 2011 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-407 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-695 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1199 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1275 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-348 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-625 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-329 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-708 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-636 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-703 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-541A de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[13] Tratándose de niños y niñas que sufren alguna discapacidad, en principio V de la Declaración de los Derechos del Niño dispone: “el niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado que requiere su caso particular”.

[14] En el documento de ampliación a la contestación, la apoderada general de la entidad

explicó la naturaleza y propósitos de la fundación en estos términos: “(...) Children’s Vision International se trata de una entidad extranjera sin ánimo de lucro, conforme lo expuesto en certificado de inscripción ante la Cámara de Comercio de Bogotá, con NIT 830012978-0, la cual se encuentra debidamente renovada para el año 2015 y que se expidiera desde el año 1999, su representación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores en Resolución 00084 del 5 de febrero de 1999 (...). Asimismo debemos manifestar que Children’s Vision International tiene como función primordial la de brindar apoyo a la niñez en peligro, ya sea por problemas económicos, familiares o sociales, de la población menos favorecida de la ciudad, así como el apoyo a sus respectivos núcleos familiares (padres o familiares cercanos). Para ello cuenta con tres hogares denominados Éxodo, Génesis, Números y el Colegio Principio de Sabiduría, todos ellos licenciados para servicio de internado, por parte de la Secretaría de Educación Distrital desde el año 2005 a la fecha y anteriormente por parte del ICBF. En el mismo sentido desde el año 2007 se encuentra vigilada también, por parte de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, y por último es una entidad que cuenta con convenio asociación con la Agencia Presidencial de Cooperación, renovada en octubre de 2015”.

[15] Convenio de Asociación No. 030 de 2015 (folios 170 a 173).

[16] En la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.P.V. María Victoria Calle Correa, A.V. Juan Carlos Henao Pérez, María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Luis Ernesto Vargas Silva) la Sala Plena de esta Corporación sostuvo que una mejor lectura del artículo 42 de la Constitución, a la luz de los principios de dignidad, igualdad y libertad, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cobija y protege la conformación de la familia por parejas de personas del mismo sexo. En esa oportunidad la Sala conoció de una demanda de constitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil, el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 “por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar” y el 2º de la Ley 1361 de 2009 “por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia”, normas que hacen alusión a la conformación de la familia a través del matrimonio entre un hombre y una mujer. Como fundamento principal de la demanda los accionantes expusieron que se desconoce el principio de igualdad que las normas acusadas no otorguen estatus de familia a aquellas conformadas por parejas de personas del mismo sexo. En segunda instancia

sostuvieron que había un déficit de protección de las parejas de personas del mismo sexo por excluirlas de la institución del matrimonio. La Sala Plena desarrolló sus consideraciones en torno al primero de los cuestionamientos, señalando que el artículo 42 protege las diversas formas de familia, como la conformada por una madre cabeza de familia y sus hijos; o en la que conviven los abuelos con los nietos; y aquella conformada por las parejas de personas del mismo sexo. Fundamentó esa postura en que al apreciar la realidad social la familias dejaron de ser nucleares y reconoció que en vista de que en sede de tutela los jueces constitucionales habían reconocido la diversidad de familia, en casos como aquellos en que se resolvieron controversias sobre derechos pensionales, derechos patrimoniales, afiliación al sistema de salud, etc., era inconstitucional, por la contradicción inmersa, continuar leyendo el artículo 42 de la Constitución y las normas demandadas otorgando protección solo a las familias conformadas por una pareja de hombre y mujer. En relación con el segundo de los cargos, la Sala decidió que competía al legislador, en democracia, definir la forma en que habría de superarse el déficit de protección de las parejas de personas del mismo sexo frente al acceso a la institución del matrimonio o una protección civil igual o que proteja mejor sus derechos. En ese sentido, la Corporación decidió exhortar para que “antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.”

[17] SU-214 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos, S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[18] El derecho a que las parejas de personas del mismo sexo conformen uniones maritales de hecho, y las registren para todos los efectos civiles y el régimen patrimonial de compañeros permanentes fue reconocido por esta Corporación en la sentencia C-075 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, S.V. Jaime Araujo Rentería, A.V. Jaime Córdoba Triviño, Nilson Pinilla Pinilla, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra) en la cual se decidió sobre una demanda interpuesta contra la expresión “un hombre y una mujer” contenida en diversos artículos de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. En esa ocasión la demanda se sustentó en el desconocimiento del principio de igualdad y la afectación del derecho de “asociación” de aquellas parejas de personas del mismo sexo que quieren convivir y gozar de reconocimiento jurídico, y ser destinatarias de los derechos

reconocidos a los compañeros permanentes compuestos por un hombre y una mujer. A la luz de estos cargos, la Sala Plena de la Corte afirmó: “(...) resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales”, y agregó con respecto al régimen patrimonial que “(...) la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación”.

[19] En la sentencia SU-617 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Victoria Máchica Méndez, S.P.V. María Victoria Calle Correa, A.V. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Alberto Rojas Ríos) la Sala Plena permitió a las personas con orientaciones sexuales diversas adoptar los hijos biológicos de su pareja. Esta misma postura fue ratificada en sede de control abstracto en la sentencia C-071 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva, S.P.V. María Victoria Calle Correa, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez, A.V. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez, José Roberto Herrera Vergara, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez). Sin embargo, ese mismo año a través de la sentencia C-683 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, A.V. Myriam Ávila Roldán, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, S.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel

Eduardo Mendoza Martelo) la Corporación reconoció el derecho de los niños y de las niñas a tener una familia, y protegió el interés superior al extender la adopción a las parejas de personas del mismo sexo. En la parte resolutive de la sentencia, la Corporación en pleno declaró “EXEQUIBLES las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”.

[20] Corte Constitucional, sentencia C-404 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[21] Ver en el mismo sentido la sentencia C-145 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, S.V. Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, A.V. María victoria Calle Correa). Legalmente la patria potestad se suspende con fundamento en el artículo 310 del Código Civil, pro razón de la demencia de cualquiera de los padres, por estar en entredicho la administración de sus propios bienes o por larga ausencia, así como por las causales contempladas en el artículo 315, a saber: (a) por maltrato, (b) por abandono, (c) por depravación que los incapacite a ejercer la patria potestad, (d) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año y (e) cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas (...).

[22] El artículo 8º de la misma norma define el interés superior del menor en estos términos: “se entiende por interés superior del niño, la niña y adolescentes, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e independientes”

[23] La Ley 294 de 1996 “por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar” desarrolla el procedimiento que se surte ante los comisarios de familia, los jueces civiles municipales o los jueces promiscuos en caso de violencia intrafamiliar, las medidas de

protección para quienes son víctimas, las sanciones al perpetrador y en materia penal, los delitos contra la armonía y la unidad familiar. Esta norma protege a los integrantes de la familia de cualquier violencia, sin perjuicio que tratándose de niños y niñas rija para tales efectos el Código de la Infancia y la Adolescencia. Igualmente, la Ley 1361 de 2009 “ por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia” desarrolla en el artículo 4º los derechos que el Estado y la sociedad deben garantizar a la familia con la finalidad de minimizar su vulnerabilidad. Entre los derechos que enlistan se destacan: la vida libre de violencia, el trabajo digno e ingresos justos, recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados, vivir en entornos seguros y dignos, el respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo a sus principios y valores, y una alimentación que supla sus necesidades básicas. Entre las acciones que materializan esa protección, el Estado y la sociedad tienen a su cargo: garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la familia y de sus integrantes, brindar asistencia social a las familias que se encuentren en estado de indefensión o vulnerabilidad, establecer estrategias de promoción y sensibilización de la importancia de la familia para la Sociedad, establecer acciones y programas que permitan la generación de ingresos estables para la familia, y generar políticas de inclusión de las familias al Sistema General de Seguridad Social.

[24] Corte Constitucional, sentencia T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), en la cual la Sala Octava de Revisión conoció el caso de una madre que sostuvo que con base en una queja anónima de presunto estado de abandono, el ICBF envió funcionarios a su residencia para que se llevaran a hijo menor, sin permitirle conocer los hechos que sustentaron la decisión y participar posteriormente de un proceso para restablecer sus derechos.

[25] Los criterios fijados, y la regla general de que las medidas de separación de los menores de su familia son de última ratio, han sido desarrollados, entre otras, en las sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-580 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-844 de 2011 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto), T-502 de 2011 T-276 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-044 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-376 de 2014 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-484 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-773 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[26] El artículo 16 y concordantes de Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que las instituciones dedicadas al cuidado de niños, niñas y adolescentes, están bajo la vigilancia del ICBF, como órgano estatal al que le competen los asuntos de familia. Se estima como deber del Estado regular adecuadamente el funcionamiento de dichas entidades, y verificar que el desarrollo de su actividad esté ajustado a la Constitución. En tal sentido el artículo en mención dispone que: “ todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de vigilancia del Estado. De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de bienestar familiar compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del Sistema que prestan sus servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción.

[27] Sendos documentos enviados a Children’s Vision International el 6 de julio de 2015 (folio 20) y al ICBF el 14 de julio de 2014, este último, transcrito en el numeral (1.4.) del apartado de hechos de esta providencia.

[28] Artículo 11 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece: “Exigibilidad de derechos. Salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Parágrafo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7ª/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y

funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas”.

[29] Ley 7º de 1979 “por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”, artículo 21: el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones (...) 3. Coordinar su acción con los otros organismos públicos y privados”.

[30] Folios 188 a 190.