

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-Casos de procesos administrativos y judiciales

El derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan. la Defensora de Familia, en el proceso de restablecimiento de derechos, no garantizó el derecho de los niños AAA y BBB a ser oídos ni tomó en cuenta sus opiniones. Por el contrario, pese a que los niños de forma reiterada manifestaron su deseo de vivir con XXX y no ser separados de él, la Defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de la ubicación de los niños en hogar sustituto, que sus contactos con XXX fueran suspendidos progresivamente.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN CASO DE ADOPCION DE NIÑOS POR ORIENTACIÓN SEXUAL DEL PADRE ADOPTANTE-Se vulneraron derechos fundamentales al debido proceso y a la unidad familiar de los peticionarios/ADOPCION DE MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DEBEN ESTAR PRECEDIDAS DE EXAMEN INTEGRAL DE LA SITUACION DEL NIÑO

En este caso, en el momento en el que se formuló la demanda, existían serios indicios de que la medida de restablecimiento adoptada –la ubicación de los niños AAA y BBB en hogar sustituto, podría causarles serios perjuicios, pues los dictámenes de los propios profesionales del ICBF mostraban que, debido a la separación de XXX y la frustración del plan de viaje, los niños se encontraban seriamente afectados desde el punto de vista emocional y existía una probabilidad importante de que se les causara un perjuicio psicológico. En consecuencia, la tutela era procedente para el momento en que se hizo ejercicio de la acción. la Defensora de Familia demandada adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyen una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios

al debido proceso y a la unidad familiar, razón por la cual se concederá la tutela en el presente caso. A continuación, la Sala examinará las premisas de estas conclusiones: la adopción de medidas de restablecimiento debe ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos. En este caso, la Sala observa que la Defensora de Familia no contaba con evidencia de que existiera amenaza alguna sobre los derechos de los niños. En efecto, en las diligencias de verificación de derechos del 31 de marzo de 2011, los profesionales del ICBF concluyeron que los niños estaban en buen estado físico y demostraban cuidado, y que si bien estaban alterados emocionalmente, ello se debía a que fueron separados de XXX y se les impidió viajar con él. Por tanto, la Sala observa que la Defensora no contaba con evidencia que confirmara su hipótesis de que los derechos de los niños estaban en riesgo. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que, al 31 de marzo de 2011 -fecha de apertura del proceso, sí existía una amenaza sobre los derechos de los niños AAA y BBB debido a la afectación emocional que evidenció el examen del equipo del ICBF, en todo caso la Sala considera que no existe prueba del nexo causal entre tal afectación y la supuesta omisión de información que se endilga a XXX. La Sala observa que si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho no le puede ser imputable, ya que, como manifestó la agencia Baker Victory Services, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York en Estados Unidos, donde se llevaron a cabo los estudios dirigidos a evaluar su aptitud como padre adoptivo, no es posible interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual

MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS ADOPTADA POR LA DEFENSORA DE FAMILIA NO ESTABA JUSTIFICADA Y FUE DESPROPORCIONADA-Caso en que se conoció la orientación sexual del padre adoptante

La adopción de medidas de restablecimiento debe responder a una lógica de gradación, según la cual, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; de modo la decisión debe sujetarse al principio de proporcionalidad. Además, cuando tales medidas impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales, y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas. No obstante, en este caso la Sala advierte que la Defensora de Familia resolvió adoptar una de las medias de restablecimiento más drásticas -

pues la ubicación en hogar sustituto conlleva la ruptura del núcleo familiar, sin que existiera evidencia de una amenaza de tal magnitud que la justificara. En efecto, en el expediente solamente obra prueba de que los niños AAA y BBB estaban alterados emocionalmente al momento de adopción de la medida de restablecimiento (pero, como se concluyó en apartes anteriores, tal afectación provino precisamente de su separación de XXX); sin embargo, la Defensora, sin contar con evidencia más amplia y, en particular, sin pruebas de que los niños peligraban al lado de XXX, resolvió ubicarlos en hogar sustituto. La ubicación en hogar sustituto, de conformidad con el artículo 52 del Código de Infancia y Adolescencia, consiste en “(...) la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.” Esta medida debe decretarse por el menor tiempo posible, sin que pueda exceder los seis meses, prorrogables por otras seis con causa justificada y previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del ICBF. Como se puede apreciar, es una medida de restablecimiento drástica, pues significa la separación del niño de su ambiente familiar y su traslado a una casa desconocida. Por esta razón, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, debe emplearse cuando existe evidencia de una amenaza o vulneración grave de los derechos de los niños. En este caso, no existía dicho tipo de evidencia, por el contrario, los dictámenes de los profesionales del ICBF mostraron que los niños estaban en buen estado físico y que su alteración emocional provino de la separación de XXX y la interrupción de su proyecto de conformar una familia con él. En este orden de ideas, la medida, si bien pudo perseguir un fin importante, no era necesaria –podría haberse adoptado otra de las medidas reseñadas en el Código- y sí implicó un sacrificio excesivo de los derechos de XXX y sus hijos. Por tanto, la Sala concluye que la decisión de la Defensora fue desproporcionada.

La Defensora de Familia, en el proceso de restablecimiento de derechos, no garantizó el derecho de los niños AAA y BBB a ser oídos ni tomó en cuenta sus opiniones. Por el contrario, pese a que los niños de forma reiterada manifestaron su deseo de vivir con XXX y no ser separados de él, la Defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de la ubicación de los niños en hogar sustituto, que sus contactos con XXX fueran suspendidos progresivamente. La Sala considera que el ICBF, al adelantar el proceso de restablecimiento de los derechos de los niños AAA y BBB y ubicarlos en hogar sustituto como medida de restablecimiento, desconoció sus derechos fundamentales y los de su padre adoptivo XXX, al debido proceso y a la unidad familiar, toda vez que (i) el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la “salud emocional de los niños AAA y BBB” en el

momento en el que la Defensora dio inicio al procedimiento y los ubicó en hogar sustituto; (ii) aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y dicho riesgo. Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del propio ICBF, devino de (a) las consecuencias que podría traer la denuncia penal formulada contra XXX, (b) la separación de los niños de XXX y (c) la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable –a juicio de los sicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX; (iii) la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y (iv) que la Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.

ACCION DE TUTELA CONTRA INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Orden de entregar la custodia definitiva de los niños al demandante

La Sala estima que pese a que la Defensora de Familia cambió la medida de restablecimiento y entregó la custodia de los niños a XXX en diciembre de 2011, en tanto (i) dicha decisión es provisional y (ii) no se subsanaron las irregularidades del proceso de restablecimiento de derechos, no existe una carencia actual de objeto por hecho superado que impida a la Corte pronunciarse. Por estas razones, la Sala concederá la tutela a los derechos fundamentales de XXX, AAA y BBB al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. En consecuencia, revocará los fallos de instancia y, en su lugar, ordenará dejar sin efectos todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos y ordenar la entrega definitiva de la custodia de los niños a XXX

Referencia: expediente T-3'242.483

Acción de tutela instaurada por XXX contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Derechos fundamentales involucrados: debido proceso, unidad familiar, derechos de los niños a ser escuchados

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 30 de agosto de 2011, en la que confirmó el fallo proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 14 de julio de 2011, mediante el cual se negó la tutela solicitada.

1. ANTECEDENTES

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

Antes de relatar los antecedentes, la Sala aclara que para proteger el derecho a la intimidad de los niños tutelantes, su nombre y el de su padre serán suprimidos del presente fallo para evitar su identificación.

1. SOLICITUD

El 29 de junio de 2011, el ciudadano estadounidense XXX, por intermedio de apoderado judicial, en nombre propio y en nombre de sus hijos menores de 18 años AAA y BBB, interpuso acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia y no

ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar, con ocasión de los siguientes hechos:

1. HECHOS

1. El tutelante afirma que es un ciudadano estadounidense con bajos conocimientos del idioma español.

1. Relata que hace dos años, inició el proceso de adopción de los niños AAA y BBB, dos hermanos colombianos de 13 y 8 años, respectivamente, “caracterizados como niños de difícil adopción”.

1. Indica que llevó a cabo todo el proceso de adopción y se surtieron todas las etapas según la normativa colombiana y de conformidad con los convenios internacionales que rigen la materia.

1. Relata que durante el trámite, él y los niños tuvieron varios encuentros personales en Colombia y en Estados Unidos, así como encuentros virtuales, lo que condujo a que se construyeran fuertes vínculos emocionales y se generaran altas expectativas de conformar una familia.

1. Sostiene que tras la culminación de los trámites administrativos de la adopción, un juez de familia profirió la sentencia correspondiente en la que declaró que es padre de los niños AAA y BBB. Indica que después de la declaración judicial, se llevaron a cabo los procedimientos nacionales e internacionales correspondientes para que fuera posible la salida de los niños

del país.

1. Explica que el 31 de marzo de 2011, en horas de la mañana, se encontraba con sus hijos cerca de la sede nacional del ICBF y decidió dirigirse al lugar para despedirse de algunos funcionarios. Relata que sostuvo una conversación informal, sin traductor, con la Subdirectora de Adopciones de la entidad, en la que “(...) manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar”. Asegura que debido a este comentario, la funcionaria le preguntó si tenía pareja, pregunta que respondió afirmativamente.

1. Manifiesta que después de la conversación, se desplazó junto con sus hijos a la Embajada de Estados Unidos en Colombia para recoger las visas de los niños, ya que ese mismo día viajarían fuera del país. Sin embargo, relata que en la Embajada se le informó que, debido a una comunicación remitida por el ICBF en la que se solicitó impedir la salida de los niños del país, las visas habían sido negadas, pese a que inicialmente habían sido decididas favorablemente, razón por la cual los pasaportes fueron sellados con la frase “negación sin perjuicio”.

1. Aduce que se dirigió nuevamente al ICBF y solicitó explicaciones sobre lo sucedido. Indica que habló en privado con la Subdirectora de Adopciones, quien le informó que al día siguiente se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos de los niños. Relata que ese mismo día, la funcionaria radicó ante la institución, una denuncia de amenaza de los derechos de los niños AAA y BBB, en la que solicitó verificar su situación y adelantar un proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

1. Afirma que debido a la denuncia, el ICBF verificó la situación de los derechos de los niños y “(...) estableció que a nivel físico, de presentación personal, y emocional se encontraban

bien, salvo porque se encontraban en un estado ‘alterado emocionalmente por las dificultades presentadas en último momento para viajar’. Así mismo, se destacó que los niños ‘presenta[n] retraso escolar porque su familia biológica no los tenía escolarizados’. Finalmente, se concluyó que ‘de conformidad con lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley 1098 de 2006, el niño tiene sus derechos garantizados. Sin embargo, de la situación presentada el día de hoy con el padre adoptante de los niños, de donde se colige que hubo omisión de información durante las etapas administrativa y judicial del proceso adopciones (sic), lo cual conlleva a formular una denuncia penal con las consecuencias que ello conlleva, el equipo conceptúa que en el presente caso existe una presunta amenaza a los derechos a la salud mental y emocional y por ende al desarrollo armónico e integral’.” (cursiva original)

1. Indica que el 1º de abril siguiente, una defensora de familia expidió auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos de los niños. Expresa que en el marco de ese proceso, declaró “(...) que no le había hablado a sus hijos acerca de su orientación sexual, que era un hombre soltero que vivía solo y que tenía una relación afectiva”. Agrega que frente a la pregunta de cómo manejaría este tema con los niños, respondió: “cómo (sic) se relacionan los amigos, sin contactos físicos, como estamos acá reunidos...” (cursiva original).

1. Sostiene que ese mismo día, la misma defensora de familia formuló denuncia penal en su contra.

1. También asegura que el 1º de abril de 2011, se celebró en el ICBF una reunión en la que se acordó que los niños serían enviados al hogar sustituto donde vivieron durante el trámite de la adopción –ubicado en San Gil, pues se decidió que era imposible que los niños salieran del país. Afirma que debido a que debía retornar a los Estados Unidos por compromisos laborales, estuvo de acuerdo con la decisión.

1. Aduce que después de que abandonó el país el 2 de abril de 2011, ha mantenido contacto con sus hijos por medios virtuales, lo cual se ha facilitado gracias al apoyo de la familia sustituta.

1. Agrega que el 8 de abril de 2011, la Defensora de Familia a cargo del proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB solicitó un concepto psicológico sobre la conveniencia o inconveniencia de que los niños mantuvieran contacto con él. Relata el 25 de abril, la psicóloga contactada para el efecto afirmó:

“Se puede apreciar que [BBB], se siente frustrado y angustiado por todo el esfuerzo que ha tenido que afrontar durante el proceso de búsqueda de familia, sintiendo en este momento que su sueño se ha realizado con la adopción de señor [XXX], por lo que enfatiza a los entrevistadores la responsabilidad que tienen en la presente situación el ICBF.”

“El contacto entre padre e hijos adoptivos no se puede suspender, se recomienda que la comunicación entre ellos se dé máximo dos veces por semana, para no seguir generando altas expectativas y se haga acompañados por un adulto responsable. Atendiendo la sugerencia del Centro Zonal San Gil, considero se estudie la posibilidad que los niños sean ubicados en otro hogar sustituto en Bogotá sitio en el cual se está realizando el proceso de Restablecimiento de Derechos, ya que se ha podido evidenciar que en la casa de la madre sustituta tienen Internet y los niños se comunican a diario con el padre adoptante” (cursiva original).

1. Manifiesta que el 3 de mayo de 2011, la Defensora de Familia a cargo del caso expidió un auto por medio del cual redujo las conversaciones virtuales a dos veces por semana por el primer mes, luego a una semanal y posteriormente a una quincenal, siempre con supervisión adulta, hasta tanto se expida el respectivo fallo del proceso de restablecimiento de derechos.

1. Relata que el 25 de mayo siguiente, debido a las inquietudes de la psicóloga y a la

preocupación del Centro Zonal San Gil por la estrecha relación entre él y la familia sustituta, la Defensora de Familia solicitó la práctica de un examen sicosocial a los niños y al hogar sustituto para “evaluar el ‘comportamiento inadecuado del Hogar en donde se encuentran los niños’ y de ese modo avalar la propuesta de traslado”.

1. Explica que a la fecha de interposición de la tutela, seguía contactándose con los niños únicamente por medios virtuales y que las restricciones impuestas por el ICBF continúan vigentes.

1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El tutelante afirma que los hechos relatados evidencian la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como el desconocimiento de los derechos de los niños AAA y BBB a tener una familia y a no ser separados de ella, y a no ser discriminados por su origen familiar. Por esta razón, solicita que se tutelen tales derechos y, en consecuencia, se ordene al ICBF que (i) cese el proceso de restablecimiento de derechos y vuelva las cosas al estado anterior; (ii) facilite la salida de los niños del país para reencontrarse con su padre; (iii) se abstenga en lo sucesivo de adelantar actuaciones administrativas sustentadas en el criterio discriminatorio de la orientación sexual; y (iv) solicite disculpas a la familia del señor XXX por los daños causados.

1. En primer lugar, el demandante alega que existen dos elementos que evidencian un trato diferenciado en razón de su orientación sexual: “El primero es que la actuación del ICBF se desencadenó únicamente a raíz de una conversación informal en la que el Sr. [XXX] se refirió a su orientación sexual y advirtió que tenía una pareja. Y el segundo es la manera como se ha adelantado el proceso de restablecimiento de derechos”.

Agrega que la funcionaria del ICBF con quien mantuvo dicha conversación informal “(...) infirió, sin mayor sustento, que el Sr. [XXX] convivía con una persona del mismo sexo y que

este había ocultado esta información durante el proceso de adopción”, lo cual asegura no es cierto.

Sostiene que fue la información suministrada por él en relación con su orientación sexual la que desencadenó el proceso de restablecimiento de derechos, pues “(...) no existe ningún otro hecho que explique las actuaciones del ICBF”, con mayor razón si se tiene en cuenta que “(...) al momento en que se realizó la verificación de derechos, los niños se encontraban en una situación óptima de salud física, psicológica y de presentación personal, tal como consta en el acta que reposa en el expediente”.

Finalmente, asevera que (i) la normativa vigente en materia de adopciones por solteros no “(...) incluye la orientación sexual como un criterio relevante de análisis o como un impedimento para una adopción” y, en todo caso, y (ii) “(...) la orientación sexual ni siquiera constituye -ni puede válidamente constituir- un criterio de evaluación al momento de determinar la idoneidad moral del posible adoptante.” En este orden de ideas, concluye que “(...) resulta claro que la orientación sexual del solicitante de adopción es un criterio irrelevante, de tal modo que las personas no están obligadas a informar al respecto durante el trámite y, más aún, a las autoridades encargadas de la adopción le está vedado hacer algún tipo de indagación al respecto pues al hacerlo estarían incurriendo en un trato discriminatorio prohibido por la Constitución.”

1. En segundo lugar, el peticionario asevera que la actuación del ICBF desconoce sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Respecto al derecho a la igualdad, asegura que la actuación del ICBF no supera el juicio de proporcionalidad estricto que exige la jurisprudencia constitucional en los casos en los que la diferenciación se basa en un criterio sospechoso como la orientación sexual. En su sentir, aunque la medida aparentemente persigue el fin imperioso de garantizar los derechos de los niños, se valió de medios inadecuados e innecesarios, y es manifiestamente desproporcionada.

Asevera que los medios elegidos por el ICBF no son idóneos ni necesarios, ya que (i) no existe evidencia de que los derechos de los niños AAA y BBB estén siendo vulnerados, por el contrario, “(...) según el diagnóstico efectuado en el curso del proceso, lo único que está amenazando la estabilidad emocional de los niños es el procedimiento de protección en sí

mismo”; y (ii) no existe una relación causal entre la orientación sexual de un padre y la posible afectación de los derechos de los niños. Al respecto, expresa: “La idoneidad física, moral, mental y social no cambia entre las personas homosexuales y las personas heterosexuales, ni tampoco la posibilidad de ofrecer una familia digna.”

En relación con la proporcionalidad de la decisión, sostiene que “(...) es evidente que al ser el medio inadecuado e innecesario para alcanzar el fin perseguido, su uso resulta desproporcionado. Además, los costos que genera en relación con la garantía de otros derechos ratifica el carácter desproporcionado de la medida.”

Sobre la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifiesta que en tanto las orientaciones sexuales no heterosexuales son reconocidas como dignas y respetables por nuestra Constitución, la actuación del ICBF es injustificada

1. En tercer lugar, el tutelante señala que el ICBF ha vulnerado su derecho al debido proceso, pues inició el proceso de restablecimiento de derechos sin tener ninguna justificación constitucionalmente legítima. Agrega que la actuación de la entidad puede además “(...) configurar responsabilidad penal y disciplinaria de las funcionarias comprometidas en las actuaciones por haber incurrido en el delito de prevaricato por acción.”

1. Por último, argumenta que el ICBF ha vulnerado varios derechos de los niños AAA y BBB, a saber: (i) el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, pues con la adopción se conformó una familia cuya existencia está poniendo en riesgo el ICBF; (ii) el derecho a no ser discriminados por su origen familiar, toda vez que han sido separados de su padre solamente porque éste es un hombre soltero homosexual; y (iii) el derecho a la educación, puesto que debido a la decisión del ICBF, “(...) los niños han visto limitadas sus posibilidades de acceso a la educación y a tener una educación de mayor calidad que se adapte a sus necesidades particulares de dificultad de aprendizaje”.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 5 de julio de 2011, el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá admitió la acción de tutela y corrió traslado a la autoridad demandada.

1. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El ICBF argumenta que la acción de tutela es improcedente porque el demandante cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa y, además, no probó la existencia de una amenaza de perjuicio irremediable.

Agrega que en todo caso la tutela debe ser negada, pues el planteamiento de la demanda “(...) se centra en proteger al adoptante, desatendiendo la protección de los adoptados.” También afirma que en este caso no hay lugar a proteger los derechos de los niños AAA y BBB a tener una familia, puesto que no existe familia. Al respecto, asevera: “(...) cuando una persona homosexual, sea una mujer o un hombre ó una pareja homosexual decide solicitar una adopción, desde la simple perspectiva exegética y literal de la constitución, no constituyen familia”. Finalmente, aduce que el proceso de restablecimiento de derechos se ha sujetado a la normativa vigente y que no es cierto que se base en los hechos que inicialmente permitieron la adopción, sino que se fundamenta en hechos posteriores que no precisa.

1. Primera instancia: Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá

El a quo, mediante sentencia del 14 de julio de 2011, negó el amparo solicitado por considerar, en primer lugar, que no se advierte acto de discriminación en contra del demandante, pues la decisión del ICBF fue adoptada “(...) en procura de proteger el estado emocional de los menores”.

En segundo lugar, aseguró que el derecho al debido proceso del actor tampoco fue lesionado, ya que la orientación sexual de aquel “(...) no fue tomada en cuenta como elemento fundante

del proceso de Restablecimiento de Derechos”.

En tercer lugar, aseveró que no es cierto –como señaló el tutelante- que la vía a la que debía acudir el ICBF era atacar el proceso de adopción, pues lo adecuado era iniciar el proceso de restablecimiento de derechos, toda vez que “(...) de los nuevos hechos que rodearon este caso se tuvo conocimiento con posterioridad a la sentencia emitida por el juzgado de Familia de la ciudad de Bucaramanga” (subraya original).

Por último, afirmó que el demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, estos son los recursos que puede interponer dentro del proceso de restablecimiento de derechos, tanto en sede administrativa como judicial cuando se tramite la homologación de la decisión respectiva ante un juez de familia. Además, indicó que en este caso no se advierte una amenaza de perjuicio irremediable que haga procedente la acción, pues como el ICBF explicó al negar la suspensión de las medidas provisionales adoptadas dentro del proceso de restablecimiento de derechos, (i) la interrupción de las comunicaciones entre los niños y el peticionario “(...) revestía un carácter provisional y preventivo, lo que indicaba que ella no tenía un aspecto eliminatorio de las visitas que se debían hacer por vía electrónica”, y (ii) el traslado de los niños a un nuevo hogar sustituto, “(...) no ha obedecido al capricho de la Defensoría de Familia, sino a situaciones ‘inadecuadas’ que se han presentado dentro del hogar sustituto”.

1. Impugnación

El fallo fue impugnado por XXX con fundamento en los siguientes argumentos:

1. En primer término, reiteró que el procedimiento de restablecimiento de derechos no es un mecanismo judicial idóneo que desplace la tutela, pues es un trámite administrativo y no judicial. Agregó que aunque es cierto que dicho proceso administrativo requiere una homologación por el juez de familia, tal instancia tampoco desplaza la tutela, puesto que (i) en este caso existe una amenaza de perjuicio irremediable de naturaleza cierta e inminente “(...) que se deriva de la separación de su padre y que se concreta en un daño emocional”; y

(ii) la homologación judicial no es idónea para evitar su discriminación.

También resaltó que en el caso de vías de hecho administrativas -como la que aseguró se presentó en este caso, la Corte Constitucional ha establecido que la tutela procede como vía directa a pesar de que formalmente exista otro mecanismo judicial.

1. En segundo término, el demandante sostuvo que en el aspecto sustantivo la providencia es confusa, “(...) pues no se sabe cuál es la tesis con la cual la sentencia refuta los argumentos y pruebas de nuestra demanda”. En su sentir, el fallo de instancia, pese a que sostiene que la orientación sexual del peticionario no fue la causa de apertura del proceso de restablecimiento de derechos, no explica cuáles son las razones en las que sí se sustentó la decisión.

También alegó que no puede existir una base empírica diferente a su orientación sexual que justifique la apertura del proceso, pues (i) “(...) antes de iniciar el procedimiento, y una vez proferida la sentencia de adopción, el Sr. [XXX] había convivido con sus hijos por pocos días pues estos habían estado bajo el cuidado del ICBF y del hogar sustituto. Por tal razón, las inferencias realizadas por el ICBF en relación con el riesgo que comportaría que los menores estuvieran bajo el cuidado de su padre no tienen sustento en evidencia empírica específica relacionada con el trato dado por el señor [XXX] a sus hijos”; y (ii) “(...) al momento en que se realizó la verificación de derechos, los niños se encontraban en una situación óptima de salud física, psicológica y de presentación personal, tal como consta en el acta que reposa en el expediente”.

Aseguró que para el ICBF la fuente de la amenaza sería la “la omisión de información durante las etapas administrativa y judicial del proceso de adopción”. Sin embargo, sostuvo que el ICBF no precisó “(...) cuál fue la información omitida, ni se explica por qué tal omisión constituye una amenaza a la salud mental y emocional de los niños.”

1. Por último, aseveró que en caso de que la información omitida sea la referida a su orientación sexual, (i) la normativa vigente en materia de adopciones por solteros no “(...) incluye la orientación sexual como un criterio relevante de análisis o como un impedimento para una adopción” y, en todo caso, (ii) “(...) la orientación sexual ni siquiera constituye –ni

puede válidamente constituir- un criterio de evaluación al momento de determinar la idoneidad moral del posible adoptante.” En este punto, explicó que la Resolución 3748 de 2010, que establece los lineamientos técnicos para las adopciones en Colombia, contiene un listado de impedimentos para el adoptante entre los cuales no se incluye la orientación sexual. Además, en su criterio, el ICBF asumió que él convive con una pareja, inferencia que -aseguró- no tiene asiento y desconoce el principio de buena fe.

1. Segunda instancia: Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

El ad quem confirmó la decisión, pues estimó que la orientación sexual del demandante sí es un dato relevante que debía haber revelado durante el trámite de la adopción, de modo que al no hacerlo, vulneró el principio de buena fe y no cumplió el lineamiento técnico fijado en la Resolución 3748 de 2010. Agregó que debido a que el sicólogo que valoró al accionante no tuvo acceso a esta información, su trabajo no puede considerarse veraz. A juicio del ad quem:

“(…) el proceso y la certificación de idoneidad se encuentran viciados al no haber contado el respectivo profesional con la información necesaria en su integridad; no pudo éste evaluar en un 100% a [XXX], pues una faceta de su vida, relevante por cierto, no fue develada por éste a su examinador, no estuvo en condiciones de saber a ciencia cierta de qué manera la homosexualidad ha afectado la vida del actor, su relación inmediata con (...), su mamá, las reacciones de su familia, de sus compañeros de trabajo y demás amistades, si su orientación y relación con su novio (...) es conocida por todos ellos y ha sido aceptada o si por el contrario es algo que suele ocultar, como en el sub-examine, y le ha significado rechazo social y familiar que podría eventualmente extenderse a sus hijos [AAA] y [BBB]. No pudo conversarse sobre los orígenes de su homosexualidad, si fue objeto de abuso sexual, o por el contrario fue una opción de vida espontánea y libre que no encontró resistencia alguna, que no significó un trance doloroso o difícil en su vida, o por el contrario le implicó malestares emocionales que finalmente pudo superar o sobreponerse (resiliencia).”

A continuación, señaló que el proceso de restablecimiento de derechos sí es el mecanismo idóneo para controvertir la legalidad de las actuaciones del ICBF censuradas.

1. PRUEBAS

1. Pruebas documentales que obran en el expediente

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales relevantes:

1. Copia del oficio remitido por el apoderado del tutelante a Belén Villamizar, Defensora de Familia, con fecha de recibido del 22 de junio de 2011, mediante el cual solicita que cese el proceso de restablecimiento de derechos y el reintegro de los niños al padre (fols. 30 a 34 C. 1).

1. Copia del auto adoptado el 3 de mayo de 2011, por Belén Villamizar Báez, Defensora de Familia, en el que resuelve:

ARTÍCULO SEGUNDO: Las visitas empezarán a ser acompañadas de un adulto” (fol. 41 C. 1).

Copia del “Concepto Psicológico sobre los hermanos [AAA] y [BBB]” emitido el 25 de abril de 2011, por la sicóloga Graciela Camargo, y dirigido a Belén Villamizar Báez, Defensora de Familia (fols. 42 a 46 C. 1).

1. Copia del “Concepto Psicológico sobre los hermanos [AAA] y [BBB]”, emitido por la psicóloga Graciela Camargo, el 25 de abril de 2011 (fols. 42 a 46 C. 1).

1. Copia del registro civil de nacimiento del niño AAA, en el que se indica que su padre es XXX (fol. 50 C. 1).

1. Copia del concepto de la verificación de derechos del niño AAA, de fecha 31 de marzo de 2011, emitido por el ICBF –no se especifica el funcionario (fols. 52 a 54 C. 1).

1. Copia del registro civil de nacimiento del niño BBB, en el que se indica que su padre es XXX (fol. 55 C. 1).

1. Copia del concepto de la verificación de derechos del niño BBB, de fecha 31 de marzo de 2011, emitido por el ICBF –no se especifica el funcionario (fols. 57 a 59 C. 1).

1. Copia del “ACTA DE COLOCACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO DE LOS NIÑOS [AAA] Y [BBB]” del 2 de abril de 2011 (fol. 71 C. 1).

1. Copia de la comunicación remitida por Baker Victory Services, a la Subdirectora de Adopciones del ICBF, el 1º de abril de 2011 (fols. 73 y 74 C. 1).

1. Copia de la denuncia penal formulada contra XXX, por la Subdirectora de Adopciones del ICBF, ante la Fiscalía General de la Nación, el 1º de abril de 2011, por la presunta omisión de información en su solicitud de adopción (fol. 76 C. 1).

1. Copia del acta de la declaración rendida por XXX, ante e ICBF, el 1º de abril de 2011. En la diligencia, además de explicar que tiene pocos conocimiento del idioma español, el tutelante afirmó lo siguiente:

“PREGUNTA Usted les ha hablado a los niños de su orientación sexual CONTESTA NO

PREGUNTADO A ninguno de los dos? CONTESTADO A ninguno. PREGUNTADO: Los niños los ha preparado el ICBF para recibir una familia, cuyo padre es un hombre soltero solo, cómo tiene usted previsto aclararles que no es así? CONTESTADO.- Es así, yo soy exactamente la persona para quien el ICBF preparó los niños, un hombre soltero solo. Cómo se llama su novio CONTESTADO Prefiero omitir su nombre porque nada tiene que ver con mi familia, con mis hijos. PREGUNTADO Cómo pensaba usted manejar el tema en lo relacional CONTESTADO Como se relacionan los amigos, sin contactos físicos, como estamos acá reunidos, como se relacionan los amigos ... los niños lo conocen como mi amigo, porque el va a mi casa y cuando yo he hablado con los niños por skipe él algunas veces ha estado en mi casa y ha pasado a la pantalla a saludar a los niños y ha conversado con ellos, como un amigo mio normal. PREGUNTADO Usted con quien vive? CONTESTADO Solo (...)" (cfr. fol. 79 C. 1).

1. Copia del "AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN" en el "PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS HERMANOS [AAA] Y [BBB] DE 13 Y 8 AÑOS RESPECTIVAMENTE", proferido por la Defensora de Familia Belén Villamizar, el 1º de abril de 2011 (fols. 82 y 83 C. 1).

1. Copia del "INFORME DE LA ENTREVISTA REALIZADA A LOS NIÑOS [AAA] Y [BBB]", por Edwin Javier Rodríguez Franco (trabajador social), Graciela Camargo Mogollón (sicóloga) y Natalia España Paz (Defensora de Familia), funcionarios del ICBF, de fecha 31 de marzo de 2011 (fols. 84 a 94 C. 1).

1. "Concepto psicológico sobre el caso del Sr. [XXX] y los niños [AAA] y [BBB]", elaborado por los sicólogos María Elvira Domínguez Blanco y Daniel Verástegui Mejía, aportado con la impugnación del fallo de tutela de primera instancia por la parte demandante (fols. 204 a 211 C. 1). Los expertos aseguran:

"Frente al estado de vulneración y posibles consecuencias emocionales, cognitivas, comportamentales y sociales de los niños [AAA] y [BBB], por la separación temporal o

permanente del Sr. [XXX] consideramos, por los estudios de Adopción Infantil desde un enfoque Psicológico y Social y la entrevista que se les realizó a los niños el 31 de marzo de 2011 que ellos están siendo sometidos a una situación estresante y perjudicial para su desarrollo integral separándolos del Sr. [XXX], a quien reconocen claramente como su padre y con quien están construyendo un vínculo emocional.

(...)

Como profesionales en salud mental y psicólogos consideramos que la situación de separación del Sr. [XXX] de los niños [AAA] y [BBB] es preocupante en cuanto las estadísticas muestran que el 75% de los casos de adopción y readopción presentan retraso en una o más áreas de los niños, la mayoría por falta de estímulo y afecto, sin que se pueda concretar el grado de recuperación que tendrá al aportarles los apoyos psicológico y sociales necesarios. (...)."

(...)

Cabe mencionar que como profesionales en salud mental y psicólogos consideramos que la orientación sexual del Sr. [XXX] es irrelevante para el proceso de adopción, puesto que la APA (American Psychological Association), la cual tiene alrededor de 150.000 miembros de todas las comunidades psicológicas del mundo, en su resolución titulada: 'Sexual Orientation, Parents, and Children' (2007), reconoce que no existe evidencia científica acerca de la relación entre orientación sexual de las madres y padres y la capacidad de maternaje y parentaje: las madres lesbianas y los padres gay están en las mismas condiciones de las madres y los padres heterosexuales de proporcionar apoyo y ambientes saludables. Según este ente colegiado 'tanto la maternidad como la paternidad pueden ser asumidas independientemente de la orientación sexual y de la composición familiar'. Los estudios sobre psicología y homoparentalidad concluyen que las hijas o hijos de padres gay y madres lesbianas están igual de preparados para asumir los retos que exige la sociedad actual, así como las futuras funciones parentales si deciden optar por ellas" (cfr. fols. 204 a 210 C. 1).

1. Copia del comunicado emitido por la Embajada de Estados Unidos de América, el 22 de julio de 2011, respecto del caso bajo revisión, y una traducción libre elaborada por la parte

demandante (fols. 9 y 10 C. 1).

1. Concepto técnico rendido por Elena Martín Cardinal, MD Psiquiatría, sobre las adopciones por personas homosexuales (fols 19 a 24 C. 2). En respuesta a las preguntas formuladas por el abogado de la parte demandante, la profesional afirma lo siguiente:

“No se ha evidenciado que en la orientación sexual per se determine ninguna otra característica psicológica o suponga un riesgo elevado de sufrir trastornos emocionales. De hecho, a partir de la década de los ochenta la homosexualidad fue excluida desde la tercera versión del manual diagnóstico de trastornos mentales, DSM III, debido a que no cumplía con los parámetros propios de una condición psicopatológica” (cfr. fol. 19 C. 2).

Más adelante concluye con fundamento en literatura especializada: “(...) resulta claro que la orientación sexual de los padres, no guarda ninguna relación con el aumento de probabilidad de enfermedad mental o condiciones que limitan su salud emocional” (cfr. fol. 21 C. 2), haciendo referencia a la salud mental de los niños.

1. Copia del documento “Ampliación de concepto solicitado y emitido profesionales Psico-sociales Subdirección Adopciones”, sin fecha, aportado durante la segunda instancia (fols. 47 y 48 C. 2).

1. Copia del acta de la declaración rendida por Ilvia Ruth Cárdenas Luna, Subdirectora de Adopciones del ICBF, el 11 de junio de 2011, en el marco del proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB, allegada al proceso en el trámite de la segunda instancia (fol. 49 a 51 C. 2).

1. Pruebas allegadas en sede de revisión

1. Copia del acta de la audiencia de cambio de medida de restablecimiento de los niños AAA y BBB, celebrada el 12 de diciembre de 2011 (fols. 30 a 49 C. Ppal).

1. Copia del documento remitido al ICBF, por la agencia Jewish Child Care Association de Estados Unidos, el 27 de enero de 2012, por medio del cual rindió informe sobre de la situación de los niños AAA y BBB en ese país (fols. 105 a 128 C. Ppal).

1. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

Mediante auto del 13 de enero de 2012, la Sala Séptima de Revisión solicitó al ICBF remitir a la corporación lo siguiente:

- a. “Copia completa del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB que se adelanta en la actualidad.

- a. Copia de la providencia que contiene la decisión adoptada respecto de los niños AAA y BBB el pasado mes de diciembre.”

En cumplimiento de esta providencia, fueron allegados los siguientes documentos; se relacionan solamente los más relevantes y que no obraban en el expediente:

1. Copia del estudio psicosocial realizado al hogar sustituto donde se encuentran ubicados los niños AAA y BBB, practicado el 3 de junio de 2011, por funcionarios del Centro Zonal San Gil del IBCF (fols. 60 a 62 C. 3).

1. Copia de la comunicación remitida el 8 de junio de 2011, por la Defensora de Familia Belén

Villamizar Báez, al apoderado del tutelante (fols. 107 a 109 C. 3).

1. Copia del auto “Por medio del cual se decide sobre la solicitud de ampliación del término para culminar la actuación administrativa dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos H.A. 0903032572340 y 1005419931 a favor de los niños [AAA] y [BBB]”, de fecha 1° de agosto de 2011. Por medio de este auto, se autoriza una prórroga de dos meses para que la Defensora de Familia termine la actuación administrativa (fols. 176 a 178 C. 3).

1. Copia del Concepto 5926 de 2011 elaborado por la Jefe de la Oficina Jurídica (E) del ICBF, el 17 de mayo de 2011 (fols. 306 a 309 C. 3).

1. Copia del correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2011, por la Defensora de Familia Belén Villamizar Báez, al apoderado del tutelante (fol. 317 C. 3).

1. Copia de la comunicación enviada el 29 de septiembre de 2011, por el apoderado del demandante, a la Defensora de Familia Belén Villamizar Báez (fol. 319 C. 3).

1. Copia del acta de la audiencia de fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB, celebrada el 28 de septiembre de 2011(fols. 320 y 321 C. 3).

1. Copia del acta de la continuación de la audiencia de fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB, celebrada el 30 de septiembre de 2011 (fols. 322 y 340 C. 3).

1. Copia del auto dictado el 15 de noviembre de 2011, por el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, mediante el cual, con fundamento en la intervención del Ministerio Público, ordenó devolver el expediente a la Defensora de Familia para que tramitara el recurso de reposición (fols. 368 y 369 C. 3).

1. Comunicación del 28 de noviembre de 2011, remitida por la Defensora de Familia Belén Villamizar Báez, al apoderado de XXX, mediante el cual resuelve el recurso de reposición interpuesto en la audiencia del 30 de septiembre. En el documento, la Defensora negó lo solicitado (fols. 427 y 428 C. 3).

1. Copia del correo electrónico enviado por “SITEMAS ICBF – FUSA”, el 2 de diciembre de 2011, por medio del cual se confirma el traslado de los niños AAA y BBB a un nuevo hogar sustituto en Bogotá (fol. 429 C. 3).

1. Copia del memorando enviado el 2 de diciembre de 2011, por el Director del ICBF, a la Defensora de Familia Belén Villamizar Báez, mediante el cual le solicita considerar la intervención de un grupo de profesionales ajenos al proceso de restablecimiento de derechos (fols. 430 a 431 C. 3).

1. Copia del “ACTA DE VALORACIÓN DE LOS NIÑOS [AAA] Y [BBB]”, de fecha 5 de diciembre de 2011 (fosl. 433 a 436 C. 3).

1. Copia del auto proferido el 5 de diciembre de 2011, por la Defensora de Familia Belén Villamizar Báez, en el que ordena la valoración psicológica de XXX (fol. 437 C. 3).

1. Copia del auto de citación para audiencia de cambio de medida de restablecimiento, proferida por la Defensora de Familia Belén Villamizar Báez, el 5 de diciembre de 2011 (fol. 439 C. 3).

1. Copia del informe de evaluación clínica psicológica de XXX, realizada por la sicóloga Clemencia Ramírez Herrera, con fecha 11 de diciembre de 2011 (fols. 446 a 451 C. 3).

1. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

1. El ciudadano estadounidense XXX, por intermedio de apoderado judicial, en nombre propio y en representación de sus hijos adoptivos menores de 18 años AAA y BBB, interpuso acción de tutela contra el ICBF, por considerar que la entidad vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar, debido a que el ICBF, después de tramitar y aprobar la adopción de los niños, inició un proceso de restablecimiento de derechos en el que adoptó la medida de ubicación

en hogar sustituto, con fundamento únicamente -a juicio del peticionario- en que tuvo conocimiento de que es homosexual.

El ICBF, por su parte, asevera que la apertura del proceso administrativo y la adopción de la medida de restablecimiento no tuvieron como fundamento la orientación sexual del demandante, sino el hecho de que éste no reveló tal información durante el trámite de la adopción, omisión que -en su criterio- amenaza la salud psicológica de los niños, pues ellos no recibieron preparación para afrontar esta característica de su nueva familia.

1. En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales invocados de XXX y sus hijos adoptivos AAA y BBB, al iniciar el proceso de restablecimiento de derechos aludido y adoptar la medida de restablecimiento de ubicación en hogar sustituto, después de que la Subdirectora de Adopciones tuviera conocimiento de la orientación sexual del demandante.

1. Para resolver este problema jurídico, la Sala estudiará, en primer lugar, el trámite del proceso de restablecimiento de derechos previsto en el Código de Infancia y Adolescencia, así como el tipo de medidas de restablecimiento que pueden adoptarse en su interior, y las garantías constitucionales que deben proveerse dentro del mismo, de conformidad con la normativa vigente y la jurisprudencia constitucional; y, en segundo lugar, el contenido del derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, en particular en el marco de procesos administrativos y judiciales en los que se pretenden adoptar medidas de restablecimiento a su favor. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala se ocupará del caso concreto.

1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LOS PROCESOS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS

1. De conformidad con el artículo 44 de la Constitución, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

1. En cumplimiento de estos mandatos, el artículo 96 de la ley 1098 de 2006 –Código de Infancia y Adolescencia- faculta a los defensores de familia y a los comisarios de familia¹ a verificar la situación de los derechos de los niños –con el apoyo de sus equipos interdisciplinarios, iniciar procesos de restablecimiento de derechos y, si es del caso, adoptar medidas de restablecimiento, según las circunstancias, para poner fin a amenazas o vulneraciones de sus derechos (artículo 50 ibídem).

Según el artículo 52 de la ley 1098, la verificación de la garantía de los derechos de los niños debe comprender un examen de su estado de salud física y sicológica, su estado de vacunación y nutrición, su inscripción en el registro civil de nacimiento, la ubicación de la familia de origen, el entorno familiar, los elementos protectores y de riesgo para la vigencia de sus derechos, la vinculación al sistema de salud y seguridad social, así como al sistema educativo, entre otros aspectos.

De conformidad con la evidencia obtenida en la etapa de verificación de derechos, las autoridades administrativas referidas pueden adoptar medidas de restablecimiento, como las siguientes (artículo 53 ibídem):

“1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.

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

3. Ubicación inmediata en medio familiar.

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

5. La adopción.

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

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

El alcance de cada una de estas medidas es descrito en el artículo 54 ibídem.

El proceso de restablecimiento de derechos no puede tener una duración superior a 4 meses desde la recepción de la solicitud respectiva o desde su apertura oficiosa, término prorrogable excepcionalmente por otros dos meses por decisión del Director del ICBF. Vencido este término, el defensor de familia pierde competencia y debe remitir el expediente al respectivo juez de familia para que, de oficio, continúe el proceso (artículo 100 ibídem).

1. Como indica el derecho internacional de los derechos humanos, este tipo de procesos administrativos y las medidas de restablecimiento de derechos que se adopten deben estar en consonancia con principios como el interés superior del niño, el debido proceso y el derecho de los niños a ser oídos. Por ejemplo, el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que “(...) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

1. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha sostenido que el proceso de restablecimiento de derechos debe sujetarse a los principios constitucionales, como el interés superior del niño, el debido proceso y la proporcionalidad, entre otros. En este sentido, en lo que respecta al trámite, esta Corporación ha resaltado que al interior de estos procesos (i) es obligación permitir la participación de los padres, en caso de que sean conocidos, o los miembros de la familia extendida, quienes tienen derecho a que el ICBF los escuche y a manifestar su consentimiento cuando la normativa lo exija, y (ii) se debe garantizarse el debido proceso.²

En relación con las medidas de restablecimiento que pueden adoptarse dentro del proceso, la

Corte ha llamado la atención sobre la necesidad de que sean justificadas y proporcionadas. En este sentido, ha resaltado que si bien las autoridades cuentan con un importante margen de discrecionalidad para adoptar medidas de restablecimiento, tales decisiones (i) deben ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) deben adoptarse por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar³; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño⁴; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño.⁵

1. Con fundamento en estas consideraciones, en la sentencia T-572 de 20096, al revisar las decisiones adoptadas dentro del proceso de tutela iniciado por los padres de un niño contra un comisario de familia, debido a que este último había ordenado su ubicación en hogar sustituto, bajo el argumento de que había sido encontrado sólo en el hogar y con hambre, la Corte reiteró que la adopción de medidas de restablecimiento deben sujetarse a los principios de proporcionalidad e interés superior del niño. Por ello, pese a que el niño había sido reintegrado provisionalmente al núcleo familiar en el trámite de la tutela, la Corte concluyó que la autoridad demanda sí había vulnerado sus derechos fundamentales y los de sus padres, pues (i) decretó una diligencia de allanamiento y rescate del niño, sin que existiera evidencia que la justificara, y (ii) la medida de restablecimiento de ubicación en hogar sustituto había sido desproporcionada, ya que no estaba respaldada con evidencia, tuvo una duración exagerada (6 meses), no respondió a una lógica de graduación y se basó en un criterio arbitrario, este es, equiparar a un niño de cabello largo con un niño en abandono. Por estas razones, la Corte revocó el fallo de instancia y concedió la tutela.

1. Luego, en la sentencia T-572 de 20107, al examinar los fallos de instancia dictados dentro del proceso iniciado por la madre de un niño con síndrome de down, contra el ICBF, debido a que había ordenado su ubicación en hogar de paso, bajo el argumento de que la tutelante había tolerado conductas sexuales abusivas en contra del niño por parte de un docente, la Corte concluyó que la imposición de la medida de restablecimiento había sido desproporcionada (aún más la orden de suspender las visitas de la madre, bajo el argumento de que le causaba perjuicios emocionales al niño) y que en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se había lesionado el derecho al debido proceso de la demandante.

La Corporación señaló que en el proceso administrativo se habían presentado varias anomalías como (i) no promover la reunificación familiar; (ii) no hacer esfuerzos para vincular a la familia extensa del niño, con el fin de estructurar una red de apoyo para la reconstrucción del vínculo materno filial; (iii) no adoptar un programa terapéutico de apoyo psicológico a la madre con el propósito de restaurar su vínculo con el niño y corregir las irregularidades que inicialmente pudieron dar lugar a la medida de restablecimiento; (iv) basarse exclusivamente en conceptos de los profesionales del hogar donde se hallaba al niño contruidos desde la conveniencia para el hogar de las visitas de la madre, y no a partir de una valoración integral de ésta; y (v) crear expectativas a la madre de reunificación familiar, sin que se adoptaran medidas para el efecto. Por estas razones y teniendo en cuenta que varios profesionales conceptuaron que no existían razones sico-sociales que impidieran a la peticionaría reasumir su rol materno, la Corte concedió la tutela y ordenó el diseño de un plan para el restablecimiento progresivo de la relación materno-filial, teniendo en cuenta el largo tiempo durante el que madre e hijo estuvieron separados.

1. En la sentencia T-671 de 20108, nuevamente la Corporación resaltó la obligación del ICBF de adoptar medidas de restablecimiento proporcionales, de ordenar la reubicación de un niño solamente cuando esté probado el perjuicio al que está expuesto en el medio familiar en que se encuentra y garantizar el debido proceso de la familia y el niño. En ese fallo, la Corte revisó las decisiones de instancia dictada dentro de una acción de tutela promovida por el

ICBF contra la providencia de un juez de familia que había negado la homologación de la decisión de adoptabilidad de una niña. La niña había sido entregada por su madre al padre, por no tener recursos para su sostenimiento. Luego, el padre de la niña la había enviado a vivir con la madre de su compañera, quien la maltrataba y le causó deformidades permanentes. Después de que la niña maltratada ingresara a un hospital, fue cobijada por medidas de restablecimiento por el ICBF en el marco de un proceso de restablecimiento de derechos. Los padres no se hicieron parte en el proceso y la niña fue declarada en situación de adoptabilidad. El juez de familia no homologó la decisión debido a que –a su juicio- la madre no había sido vinculada. La madre finalmente se vinculó al proceso, pero el ICBF, después de algunos estudios, concluyó que ni ella ni su madre –abuela materna de la niña- tenían la aptitud “mental” para encargarse de su cuidado, razón por la cual solicitó nuevamente la homologación de la decisión de adoptabilidad. El juez nuevamente se opuso y ordenó restablecer las visitas de la abuela materna. Por esta razón, el ICBF interpuso acción de tutela contra la decisión del juez de familia.

En la parte motiva, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas reiteró que la intervención del Estado en las relaciones familiares únicamente puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, puesto que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia. Agregó que las autoridades que decidan modificar la ubicación familiar de un niño deben demostrar el perjuicio al que está expuesto en el medio familiar en el que se encuentra. También resaltó que cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, de modo la ruptura o perturbación de ese vínculo puede afectar su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En palabras de la Corte:

“(…) cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con su familia de hecho o parientes, cuya ruptura o perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de esas personas, incluso si se hace con miras a restituirlo a sus progenitores. En este campo, las autoridades de Bienestar Familiar cuentan con un margen suficiente de discrecionalidad, pero al mismo tiempo deben obrar con un nivel especial de diligencia y cuidado, para evitar decisiones desfavorables que puedan incidir negativa e irreversiblemente sobre el desarrollo armónico y estable del niño afectado.”

Con fundamento en estas y otras consideraciones, la Corte no concedió el amparo, pues estimó que el juez de familia no incurrió en ningún defecto fáctico, como alegaba el ICBF. Por el contrario, para la Sala el juez falló con fundamento en las pruebas que aportó el ICBF. Además, a juicio de la Corporación, fue acertado que precisara (i) que la adopción debe ser el último mecanismo al que debe acudir para restablecer los derechos de los niños, y (ii) que es deber del ICBF vincular a la familia extensa de los niños amparados por medidas de restablecimiento, con mayor razón cuando manifiestan su interés en hacerse cargo del cuidado del niño -en ese caso la abuela materna.

1. Luego, en la sentencia T-502 de 20119, la Corte recordó que (i) las medidas de restablecimiento que pueden adoptar los defensores de familia deben ser graduales y proporcionales a los hechos, (ii) las medidas que signifiquen la separación del niño de su medio familiar deben ser la última opción, (iii) las desventajas económicas de las familias biológicas de los niños no pueden ser el fundamento de medidas drásticas de restablecimiento como la ubicación en hogar sustituto o la declaración de adoptabilidad, y (iv) que los defensores de familia tienen la obligación de sopesar el valor conjunto de los medios probatorios a la hora de disponer medidas de restablecimiento.

En esa oportunidad, esta corporación revisó las decisiones de instancia dictadas con ocasión de la acción de tutela interpuesta por una pareja de compañeros con el fin de que fueran protegidos los derechos de sus dos hijos menores de 18 años, a tener una familia y no ser separados de ella, y a la unidad familiar. Los peticionarios alegaban que el ICBF había declarado a sus hijos en estado de adoptabilidad, con fundamento en que supuestamente no contaban con registro civil de nacimiento, afiliación al sistema de salud y cuadro de vacunas, argumentos que aseveraban no tenían fundamento. También alegaban serias irregularidades en el proceso administrativo, como que, sin justificación, se les impedía visitar a los niños. Adicionalmente, en sede de revisión, la Corte constató que la decisión de adoptabilidad no había sido homologada por el juez de familia respectivo, pese a lo cual los niños no habían sido reincorporados al hogar; que funcionarios del ICBF les habían hecho exigencias desproporcionadas para devolverles los niños, como someterse a cirugías para control de natalidad -ligadura de trompas de Falopio y vasectomía, y que desde hacía cerca de un año no les era permitido ver a sus hijos.

La Sala Séptima recordó que las situaciones que pueden dar lugar a medidas de restablecimiento de los derechos de los niños son, entre otras:

“(i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas;

(ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; y

(iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a la niñez: “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

La Corporación también señaló que, en virtud del principio de interés superior del niño, las decisiones sobre medidas de restablecimiento deben garantizar (i) el desarrollo integral del niño desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad; (ii) condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño; (iii) protección del niño frente a riesgos prohibidos y todo tipo de abusos y arbitrariedades, como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, y la explotación económica o laboral, entre otros; (iv) equilibrio entre los derechos del niño y los derechos de los padres, sobre la base de la prevalencia del interés del primero; (v) un ambiente apto para el desarrollo del niño; y (iv) justificación en razones poderosas cuando la medida conlleve la intervención del Estado en las relaciones paterno o materno-filiales.

En el caso concreto, la Sala concluyó que el ICBF sí había vulnerado los derechos de los tutelantes y sus hijos a la unidad familiar y a tener una familia, así como los derechos de los primeros al debido proceso y a la autodeterminación reproductiva, ya que (i) algunas de las razones por las cuales el ICBF inició el proceso de restablecimiento de derechos y adoptó las medidas de ubicación en hogar sustituto y declaración de adoptabilidad, eran infundadas o no eran de tal gravedad que ameritaran dichas medidas¹⁰, y (ii) el ICBF no podía exigir a los tutelantes cirugías para evitar que tuvieran más hijos. Por ejemplo, la Corte observó que los niños sí contaban con registro civil de nacimiento y cuadro de vacunación, y que la presencia de piojos en los niños pequeños es común. Por estas razones, la corporación concluyó que la decisión del ICBF había sido desproporcionada y no atendía a los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, como (a) gradación de las medidas de restablecimiento según

la gravedad de los hechos, (b) proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de restablecimiento adoptada, (c) sustento en material probatorio sólido y (d) razonabilidad del tiempo de las medidas –los niños duraron separados de sus padres por más de dos años. En consecuencia, la Corte concedió el amparo y ordenó reintegrar de los niños, incluirlos junto a sus padres en los programas existentes para suplir necesidades económicas, como el Programa Hogar Gestor, y ofrecer apoyo sico-social a los integrantes de la familia.

1. En la sentencia T-580A de 201111, la Corte recordó que cualquier intervención del Estado en el ámbito familiar debe ser justificada y proporcional, y debe buscar mejores condiciones para el niño, y explicó que las reglas jurisprudenciales antes descritas también se aplican a la familia de hecho.

En dicha ocasión, la Corte examinó los fallos de instancia proferidos dentro del proceso iniciado por una pareja que había acogido en su hogar a una niña que les fue entregada por una mujer –abuela materna de la niña, debido a que sus padres tenían problemas mentales y no tenían recursos para su sostenimiento. Los accionantes registraron a la niña y la cuidaban como su hija. Interpusieron la tutela porque fueron citados al ICBF y se les informó que se iniciaría un proceso de restablecimiento de derechos para la protección de los derechos de la niña, lo que consideraron le causaría perjuicios morales a la niña y vulneraba su derecho al debido proceso. En el curso de la tutela, la niña fue ubicada en hogar sustituto.

En primer lugar, la Sala de Revisión observó que en el caso concreto se había desconocido el interés superior de la niña, pues a pesar de que existían indicios de la necesidad de la medida de restablecimiento, la defensora no tuvo en cuenta las “(...) especiales circunstancias fácticas que rodeaban a la menor de edad y no se respetó el procedimiento que resultaba obligatorio como garantía del debido proceso y derecho de defensa de los accionantes.” En criterio de la Sala, la medida de restablecimiento en hogar sustituto (i) fue intempestiva y arbitraria, ya que “(...) no estuvo precedida y soportada por las labores de verificación encaminadas a determinar la existencia de una real situación de amenaza, inobservancia o vulneración, de los derechos fundamentales”, en consecuencia, la medida fue adoptada sin que existieran elementos de juicio que la justificaran; (ii) fue

desproporcionada, pues aunque existían indicios de que la niña estaba en situación de vulnerabilidad –por la ausencia de la familia biológica, (a) no obraba evidencia de que la niña estuviera ante un riesgo real de tal magnitud que justificara una medida de restablecimiento tan drástica como ubicación en hogar sustituto, con mayor razón teniendo en cuenta los lazos afectivos que la niña había desarrollado con la familia de hecho¹², y (b) la decisión no fue precedida por la evaluación de medidas de restablecimiento más favorables a la situación familiar de la niña, como la medida de ubicación en medio familiar o en hogar amigo¹³. Por estas razones, la Corte concluyó que la decisión del ICBF de ubicar a la niña en hogar sustituto había significado un cambio desfavorable en las condiciones de la niña, y representaba una medida arbitraria y desproporcionada.

En consecuencia, la Corte confirmó parcialmente el fallo de única instancia que había concedido el amparo, así como la orden de cambiar la medida de restablecimiento a ubicación en hogar amigo –el hogar de los demandantes, y ordenó a la defensora de familia subsanar las irregularidades observadas en el proceso de restablecimiento de derechos. Sin embargo, advirtió que la medida de restablecimiento podría ser modificada en cualquier momento en tanto se alteraran las condiciones que dieron lugar a su imposición, y que el fallo adoptado no significaba una exoneración de los demandantes de sometimiento al proceso de adopción.

1. Más recientemente, en la sentencia T-844 de 2011¹⁴, la Corte reiteró las obligaciones del defensor de familia de (i) graduar las medidas de restablecimiento según la gravedad de los riesgos a los que se encuentre expuesto el niño, de modo que la declaración de adoptabilidad, como la medida de restablecimiento más drástica, solamente se disponga cuando exista “(...) certeza que definitivamente la familia de origen o quien tuviere a cargo el cuidado, crianza o educación del niño, niña o adolescente no pueden asumir su cuidado ni asegurar el restablecimiento de sus derechos”; (ii) verificar que efectivamente se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para disponer una medida de restablecimiento, especialmente cuando son medidas drásticas que afectan la unidad familiar; y (iii) respetar las formas propias del proceso administrativo y garantizar el debido proceso a los familiares de los niños.

En dicha providencia, la Corte revisó los fallos de instancia dictados dentro del proceso de tutela iniciado por la tía biológica de una adolescente como agente oficiosa de ésta, contra el ICBF y un juez de familia, debido a que el primero declaró en abandono a la niña y la entregó en adopción -bajo las reglas del antiguo Código del Menor- y el segundo homologó la decisión, sin que previamente se hiciera una investigación exhaustiva de la familia extensa de aquella y pese a los reclamos del abuelo materno por recuperarla. Debido a lo anterior, la niña fue entregada en adopción, pero nunca logró adaptarse a su nueva vida, pues añoraba a su familia biológica. La madre adoptiva puso en conocimiento del ICBF esta situación, pero la entidad, en vez de adelantar las respectivas investigaciones, declaró nuevamente a la niña en situación de adoptabilidad. La tía biológica de la joven interpuso entonces acción de tutela, con el fin de que se revocara la sentencia que declaró la adopción y se le permitiera regresar al seno de su familia biológica extendida y cambiar su registro civil para recuperar los apellidos respectivos.

La Sala Séptima de Revisión revocó los fallos de instancia y concedió el amparo, toda vez que encontró, por una parte, que el ICBF había incurrido en serias irregularidades en el proceso administrativo que condujo a la declaración de abandono la de niña y, por otra parte, que la decisión del juez de familia adolecía de defectos.

En cuanto al proceso administrativo, la Corporación estimó que el defensor de familia del ICBF omitió (i) verificar cuál era la situación real de la niña al interior de su familia extendida -el ICBF obró solamente con base en la denuncia de quien entregó la niña a un centro zonal y la declaración de la madre con quien la niña nunca convivió; (ii) notificar al abuelo materno de la niña, de quien tenía conocimiento porque quien entregó a la niña suministró su nombre; (iii) decretar pruebas para verificar si la familia biológica extendida de la niña podía hacerse cargo de su cuidado, como tomar la declaración del abuelo y tías maternas; y (iv) escuchar la opinión de la niña dentro del trámite, omisiones que significaron un defecto fáctico. Además, la Sala estimó que el funcionario, después de declarar la situación de abandono al amparo del antiguo Código del Menor, no examinó si existían medidas de protección alternativas y menos drásticas que la adopción, como "(...) entregar la custodia [de la niña] a su familia extensa y brindarles el apoyo necesario para preservar dicho vínculo, por ejemplo, apoyo psicológico, terapias familiares, sensibilización a los familiares que cuidaban a la niña"; en otras palabras, "El ICBF no demostró (...) que la medida que mejor se ajustaba al restablecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción."

En relación con el proceso judicial, la Sala concluyó que el juez de familia incurrió en defecto por error inducido al decretar la adopción, puesto que su “(...) sentencia se fundamentó en un acto administrativo que (...) adolece de un defecto fáctico, por lo que si bien la actuación del juez no es arbitraria, sí resulta vulneratoria de derechos fundamentales de quien fue dada en adopción, ya que le dio continuidad y ratificó una actuación irregular por parte del ICBF, Centro Zonal, bajo la consideración que la niña no contaba una familia que se pudiera hacer cargo de ella”.

Por estas razones, la Corte concedió la tutela y ordenó revocar la resolución que declaró a la niña en estado de abandono, así como la sentencia que decretó su adopción -dada la gravedad y naturaleza excepcionalísima de los hechos del caso. También ordenó al ICBF, adoptar las medidas necesarias para que la adolescente -y su hijo por nacer- pudiera continuar conviviendo con su hermana por línea materna y su familia, incluirla en los programas para suplir sus necesidades económicas como, por ejemplo, el programa Hogar Gestor, y brindarle acompañamiento y a su familia para lograr el efectivo restablecimiento de derechos.

1. DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA, ESPECIALMENTE EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

1. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de

procedimiento de la ley nacional” (negrilla fuera del texto).

1. Con fundamento en esta disposición, el Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12, precisó que este derecho, a nivel individual, comprende las siguientes obligaciones en cabeza del Estado: (i) garantizar que el niño sea oído en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta; (ii) ofrecer protección al niño cuando no desee ejercer el derecho¹⁵; (iii) ofrecer garantías al niño para que pueda manifestar su opinión con libertad; (iv) brindar información y asesoría al niño para que pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior; (v) interpretar todas las disposiciones de la Convención de conformidad con este derecho; y (vi) evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, lo que significa que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones, sino que en cada caso se debe evaluar tal capacidad, evaluación en la que la edad no puede ser el único elemento de juicio¹⁶; entre otras.¹⁷

Además, el Comité resaltó la importancia de que los niños sean escuchados en procedimientos administrativos y judiciales como los relacionados con (i) el divorcio o separación de los padres, (ii) la separación del niño del núcleo familiar y formas sustitutivas de cuidado y (iii) su adopción, entre otros.

1. De forma similar, Unicef y la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc), en el “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas”, resaltaron que el derecho de los niños a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación de los estados de adoptar regulaciones que aseguren que las preocupaciones de los niños sean valoradas cuando, por ejemplo, se van a tomar medidas de protección para ellos mismos o su familia.¹⁸

1. A nivel nacional, el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce el

derecho de los niños a ser escuchados en los siguientes términos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

1. En concordancia, en la ya citada sentencia T-844 de 2011, la Corte de forma enfática sostuvo que al interior de los procesos de restablecimiento de derechos, es obligación de los defensores de familia escuchar a los niños y valorar sus opiniones, según su grado de madurez. Al respecto, la Corte expresó:

“No se puede admitir el argumento según el cual una niña de 8 años y once meses poco podía decir sobre su entorno familiar. Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo” (negrilla original).

1. En resumen, el derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan.

1. EXAMEN DEL CASO CONCRETO

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

1. El tutelante, un ciudadano estadounidense, después de haber sido mentor de los niños AAA -de 13 años de edad- y BBB -de 8 años de edad- en el programa Kidsave y haberlos recibido en su casa en una visita a los Estados Unidos, solicitó su adopción al ICBF en 2009, por intermedio de una agencia con la que la entidad tiene convenio en el estado de Nueva Jersey. Después de que dicha agencia llevara a cabo los estudios correspondientes -en los que no se indagó sobre la orientación sexual de XXX19, fue declarado padre adoptivo de los niños AAA y BBB. El respectivo cambio del registro civil de los niños se protocolizó el 24 de marzo de 2011.

1. El 31 de marzo de 2011, como el ICBF admite, el peticionario se presentó junto con los niños, en las instalaciones de la Dirección Nacional del ICBF, con el fin de despedirse de algunos funcionarios, pues esa misma noche saldrían del país rumbo a los Estados Unidos. Se entrevistó con la Subdirectora de Adopciones, a quien -asegura- le “(...) manifestó su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar.” Después de la conversación con la funcionaria, el demandante y los niños se dirigieron a la Embajada de Estados Unidos a recoger los pasaportes de los segundos con las respectivas visas, pero se les informó que debido a una comunicación remitida por el ICBF, las visas habían sido negadas “sin perjuicio”.

Ese mismo día, la Subdirectora de Adopciones del ICBF solicitó que se verificara la situación de los niños AAA y BBB y se adelantara el respectivo proceso de restablecimiento de derechos, debido a la existencia de una “presunta situación de amenaza”.²⁰

EL ICBF procedió a realizar las diligencias el mismo día y concluyó que los niños AAA y BBB estaban en buen estado físico, pero a nivel emocional estaban alterados “(...) POR LAS DIFICULTADES PRESENTADAS EN ÚLTIMO MOMENTO PARA VIAJAR”²¹. Luego, en la casilla “CONCEPTO DE VALORACIÓN INTEGRAL”, los funcionarios del ICBF que practicaron la diligencia en el caso del niño AAA, manifestaron lo que sigue:

“Efectuada la verificación de los derechos del niños [AAA], el equipo encuentra que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, el niño tiene sus derechos garantizados, sin embargo, de la situación presentada el día de hoy con el padre adoptante de los niños, de donde se colige que hubo omisión de información durante las etapas administrativa y judicial del proceso de adopciones, lo cual conlleva a formular una denuncia penal con las consecuencias que ello conlleva, el equipo conceptúa que en el presente caso existe una presunta amenaza a los derechos a la salud mental y emocional y por ende al derecho al desarrollo armónico e integral, en consecuencia recomienda se brinde al niño acompañamiento psicológico que implica intervención permanente por parte de los profesionales del área” (cfr. fol. 52 C. 1).

A la misma conclusión llegaron los funcionarios en la verificación de derechos del niño BBB.²²

El 31 de marzo de 2011, los niños también fueron entrevistados por un equipo interdisciplinario del ICBF, el cual concluyó:

“Teniendo en cuenta que el ICBF y la Agencia de Adopciones preparó a los niños [AAA] y [BBB] a lo largo de las etapas administrativas y judiciales, para la adopción por parte del señor [XXX], y que la cancelación del viaje, la alteración de su proyecto y la investigación penal que se adelantará contra el señor [XXX], puede afectar el desarrollo armónico e integral de los niños, existiendo una presunta amenaza a la salud emocional y mental, por lo que requiere acompañamiento psicológico que implica intervención permanente por parte del profesional del área”²³ (negrilla fuera del texto)

1. El día siguiente, 1º de abril de 2011, la Subdirectora de Adopciones formuló denuncia penal contra XXX por la presunta omisión de información durante el trámite de la adopción.²⁴

Ese mismo día, la Defensora de Familia Belén Villamizar dio inicio al proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB y en el auto de apertura indicó que se iniciaba “(...) con fundamento en el denuncia formulado ante la Fiscalía General de la Nación por la Subdirectora de Adopciones, ante la manifestación del padre adoptivo de los niños (...) y la verificación de estado de cumplimiento de derechos, en los cuales se da a conocer la situación de amenaza de sus derechos a la salud mental”²⁵.

1. El 2 de abril de 2011, los niños fueron ubicados nuevamente en el hogar sustituto de San Gil donde habían vivido hasta la adopción.²⁶

1. Una vez iniciado el proceso, el 25 de abril de 2011, los niños AAA y BBB fueron valorados por la sicóloga Graciela Camargo mediante las técnicas de observación y entrevista semiestructurada. La profesional formuló el siguiente concepto:

“Producto de los antecedentes expuesto y partiendo del conocimiento que el ICBF y la Agencia de Adopciones preparó a los niños [AAA] y [BBB] a lo largo de las etapas administrativas y judicial, para la adopción por parte del señor [XXX] y que la cancelación del viaje a Estados Unidos, la alteración de su proyecto de vida y la investigación penal que se adelanta contra el señor [XXX], puede afectar el desarrollo armónico e integral de los niños y especialmente su salud emocional y mental, en mi concepto es imperativo realizar acompañamiento psicológico a los niños, previendo causar el menor daño posible en caso que la adopción sea revocada. El acompañamiento sugerido implica intervención permanente por parte del profesional del área, quien deberá trabajar los siguientes aspectos: baja tolerancia a la frustración, trastorno de vinculación, baja autoestima, problemas de aprendizaje y resiliencia, como factor importante a valorar (...)”²⁷ (negrilla fuera del texto).

A continuación, la profesional recomendó lo siguiente:

“El contacto entre padre e hijos adoptivos no se puede suspender, se recomienda que la comunicación entre ellos se dé máximo dos veces por semana, para no seguir generando altas expectativas y se haga acompañados por un adulto responsable. Atendiendo la

sugerencia del equipo del Centro Zonal San Gil, considero se estudie la posibilidad que los niños sean ubicados en otro hogar sustituto en Bogotá, sitio en el cual se está realizando el proceso de Restablecimiento de Derechos, ya que se ha podido evidenciar que en la casa de la madre sustituta tienen Internet y los niños se comunican a diario con el padre adoptante”.²⁸

1. Con fundamento en este concepto, el 3 de mayo siguiente, la Defensora de Familia ordenó reducir de manera progresiva las visitas y comunicaciones de XXX con los niños, así: dos visitas por semana durante el primer mes, una visita semanal durante la siguiente quincena, y luego una visita quincenal hasta la culminación del proceso de restablecimiento de derechos. Además, dispuso que todas las visitas deberían ser supervisadas por un adulto.²⁹

1. El 1° de agosto de 2011, después de que la Defensora de Familia solicitara la ampliación del término para resolver el proceso de restablecimiento de derechos, tal prórroga fue concedida por el Director del ICBF por dos meses.

1. El 28 de septiembre de 2011, se llevó a cabo audiencia de fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos. Después de la intervención del apoderado de XXX, quien solicitó la declaración de varias nulidades, la audiencia fue suspendida hasta el 12 de octubre siguiente.³⁰

1. No obstante, el 29 de septiembre de 2011, la Defensora de Familia, por medio de un correo electrónico, informó al apoderado de XXX que la audiencia se reanudaría el 30 de septiembre y no el 12 de octubre, pues el término para fallar vencía del 1° de octubre siguiente³¹. Ese mismo día, el apoderado de XXX le respondió que éste y su familia ya

habían comprado pasajes para viajar el 12 de octubre y que, debido al cambio inesperado de fecha, no podrían asistir a la audiencia, en perjuicio de sus derechos³².

1. El 30 de septiembre de 2011, se reanudó la audiencia de fallo y la Defensora de Familia resolvió (i) declarar en situación de vulneración a los niños y (ii) confirmar la medida provisional de “ubicación en colocación familiar, Hogar Sustituto”. El apoderado de XXX interpuso recurso de reposición, pero la Defensora se negó a desatar el recurso, razón por la cual el expediente fue enviado a los juzgados de familia para control jurisdiccional.³³

1. El 15 de noviembre de 2011, el Juzgado Quinto de Familia de Bogotá, con fundamento en la intervención del Ministerio Público, ordenó devolver el expediente a la Defensora de Familia para que tramitara el recurso de reposición.³⁴ El 28 de noviembre siguiente, la Defensora negó el recurso.³⁵

1. El 2 de diciembre de 2011, los niños AAA y BBB fueron trasladados a un nuevo hogar sustituto en Bogotá.³⁶

1. El 5 de diciembre de 2011, con fundamento en el artículo 103 del Código de Infancia y Adolescencia, los niños fueron sometidos a una nueva valoración psicológica para verificar su situación emocional. La profesional que practicó el examen recomendó:

* “Brindarle un reintegro a los niños [AAA] y [BBB] con su padre adoptivo [XXX], puesto que con la entrevista se aclararon las dudas que podrían ser el impedimento para que esto se lleve a cabo.

* Brindarles al señor [XXX] y a sus hijos adoptivos [AAA] y [BBB] acompañamiento si fuese necesario que les ayude a orientar y comprender la orientación sexual de su padre

adoptivo”.37

Ese mismo día, la Defensora de Familia citó a una audiencia de cambio de medida de restablecimiento.38

1. El 11 de diciembre de 2011, XXX fue sometido por el ICBF a valoración psicológica. La profesional concluyó:

“En general considero que el señor [XXX] muestra una personalidad armónica con tendencias y rasgos dentro de los parámetros corrientes. Así mismo muestra unas competencias importantes para asumir el rol parental como es la apertura, la flexibilidad y la capacidad para establecer apegos y vínculos afectivos. De otra parte tiene una historia familiar estable con una clara dinámica en la que su orientación sexual es perfectamente aceptada por él y por su familia. Cuenta con un grupo de amigos y redes de apoyo que pueden en algún momento ser soporte para lograr ejercer un rol parental adecuado. Su madre será una figura altamente significativa para los niños.

Es una persona competente, capaz de convertirse en un padre efectivo que por su nivel de compromiso probablemente será un padre de gran beneficio para estos niños. De otra parte, está dispuesto a recibir la ayuda necesaria así como la consejería especializada que lo lleve a lograr las metas como padre de la manera más adecuada posible”.39

1. El 12 de diciembre de 2011, la Defensora de Familia cambió la medida de restablecimiento y dispuso que los niños volvieran provisionalmente a vivir con XXX. Ese mismo día, los niños viajaron a Estados Unidos en compañía de su padre XXX y según información de la agencia Jewish Child Care Association de Estados Unidos, se encuentran en buen estado y ya fueron inscritos en el sistema escolar.40

1. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. En primer lugar, encuentra la Sala que se reúnen los requisitos de legitimación activa y pasiva, pues, de un lado, el demandante es titular de los derechos que invoca y, además, es el padre adoptivo de los niños AAA y BBB, cuyos derechos también se encuentran involucrados. De otro lado, la entidad demandada es una autoridad pública.

1. En segundo lugar, la Sala observa que la tutela fue interpuesta dentro de un término razonable, pues el proceso de restablecimiento de derechos que se censura comenzó el 31 de marzo de 2011 y la tutela fue interpuesta el 29 de junio siguiente. Además, durante dicho lapso, el peticionario hizo uso de los recursos a su alcance dentro del procedimiento administrativo.

Recuerda la Sala que el proceso de restablecimiento de derechos es un proceso administrativo que debe culminar en un término máximo de cuatro (4) meses, prorrogables por otros dos por decisión del Director de ICBF. Al cabo de ese término, se pueden presentar dos hipótesis (artículo 100 de la ley 1098 de 2006): (i) si se adoptó alguna medida de restablecimiento o se tomó otra decisión, y dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público solicita la remisión del expediente al juez de familia con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el asunto debe ser remitido para que se surta el control jurisdiccional. El juez de familia debe adoptar una decisión en el término máximo de 10 días. (ii) Si, por el contrario, el defensor o el comisario -excepcionalmente el inspector de policía- no adoptó ninguna decisión, debe remitir de forma oficiosa el expediente al juez de familia para que adelante la actuación o el proceso respectivo.

En los casos en los que el expediente es remitido al juez de familia, como se indicó en apartes previos, éste tiene la función no solamente de examinar que se hayan cumplido las formas propias del procedimiento, sino que, como garante de los derechos de las partes, debe verificar que las decisiones y medidas adoptadas favorezcan el interés superior del niño y, a la vez, sean respetuosas de los derechos fundamentales de otras partes como los

padres. Se trata por tanto de un control integral.

Sin embargo, como se puede apreciar, este control jurisdiccional –que además no se surte en todos los casos- es posterior, lo que significa que si se presentan irregularidades graves dentro del trámite que lesionen los derechos de los niños u otras, además de los recursos administrativos, no existen otros mecanismos de defensa judicial diferentes a la tutela.

En este caso, en el momento en el que se formuló la demanda, existían serios indicios de que la medida de restablecimiento adoptada –la ubicación de los niños AAA y BBB en hogar sustituto, podría causarles serios perjuicios, pues los dictámenes de los propios profesionales del ICBF mostraban que, debido a la separación de XXX y la frustración del plan de viaje, los niños se encontraban seriamente afectados desde el punto de vista emocional y existía una probabilidad importante de que se les causara un perjuicio psicológico. En consecuencia, la tutela era procedente para el momento en que se hizo ejercicio de la acción.

1. EXAMEN DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN

Se encuentra probado que (i) la apertura del proceso de restablecimiento de derechos de los niños AAA y BBB y (ii) la decisión de ubicarlos en hogar sustituto tuvieron lugar solamente por la presunta amenaza a los derechos de los niños que, a juicio del ICBF, representaba el hecho de que XXX no hubiera informado su orientación sexual en el trámite de la adopción.

Sin embargo, la Sala observa, (i) que el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la “salud emocional de los niños AAA y BBB” en el momento en el que la Defensora decidió dar inicio al procedimiento y ubicarlos en hogar sustituto; (ii) que aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y dicho riesgo. Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del área sico-social del propio ICBF, devino de (a) las consecuencias que podría traer la denuncia penal formulada contra XXX, (b) la separación de los niños de XXX y (c) la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable –a juicio de los psicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX; (iii) que la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud

que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y (iv) que la Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.

Por todas estas razones, a juicio de la Sala, la Defensora de Familia demandada adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyen una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar, razón por la cual se concederá la tutela en el presente caso. A continuación, la Sala examinará las premisas de estas conclusiones:

1. El ICBF no demostró que cuando ordenó la separación de los niños de XXX y su ubicación en hogar sustituto, se cerniera una amenaza cierta sobre sus derechos

Como se indicó en apartes previos, la adopción de medidas de restablecimiento debe ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceitos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos.

En este caso, la Sala observa que la Defensora de Familia no contaba con evidencia de que existiera amenaza alguna sobre los derechos de los niños. En efecto, en las diligencias de verificación de derechos del 31 de marzo de 2011, los profesionales del ICBF concluyeron que los niños estaban en buen estado físico y demostraban cuidado, y que si bien estaban alterados emocionalmente, ello se debía a que fueron separados de XXX y se les impidió viajar con él.⁴¹ Por tanto, la Sala observa que la Defensora no contaba con evidencia que confirmara su hipótesis de que los derechos de los niños estaban en riesgo.

1. En el proceso tampoco hay evidencia del nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y la supuesta amenaza los derechos de los niños AAA y BBB

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que, al 31 de marzo de 2011 –fecha de apertura del proceso, sí existía una amenaza sobre los derechos de los niños AAA y BBB

debido a la afectación emocional que evidenció el examen del equipo del ICBF, en todo caso la Sala considera que no existe prueba del nexo causal entre tal afectación y la supuesta omisión de información que se endilga a XXX.

1. Para comenzar, la Sala observa que en varios documentos y decisiones que hacen parte del expediente del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se señala que la razón de la apertura del proceso fue la amenaza que –a juicio del ICBF- generaba la ausencia de la información en el proceso de adopción sobre (i) la orientación sexual de XXX y (ii) su relación con otro hombre.

Por ejemplo, en el informe de la entrevista realizada a los niños AAA y BBB, por un equipo interdisciplinario del ICBF, el 31 de marzo de 2011, claramente se indicó que la razón de la diligencia fue la supuesta omisión de información por XXX durante el proceso de adopción:

“La servidora pública Dra. ILVIA RUTH CARDENAS, Subdirectora de Adopciones, informa que el día de hoy, el señor [XXX], de nacionalidad Estadounidense, quien adoptó a los niños [AAA] y [BBB], formuló manifestación verbal, que implica omisión en la información, frente a la solicitud de adopción y en las etapas administrativa y judicial del proceso de adopción de los niños mencionados y que finalizó con Sentencia emitida por el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga”.⁴²

Sobre el mismo punto, en el acápite “INFORME DE ENTREVISTA” se indicó:

“Siendo las 4 p.m. del día 31 de marzo de 2011, el equipo asignado para atender a los niños [AAA] y [BBB], efectúan entrevista a los niños mencionados, teniendo en cuenta que su padre adoptivo el señor [XXX] durante una visita que realizó a la Subdirección de adopciones ha manifestado que su orientación sexual es ‘homosexual y que tiene una relación con un amigo mexicano de nombre Noé’, frente a esta situación la Subdirección de Adopciones, ha solicitado retomar a los niños para brindarles la protección necesaria que amerita la situación actual”.⁴³

Luego, en el auto de apertura del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, la Defensora de Familia reiteró que el proceso se inició “(...) con fundamento en el denuncia

formulado ante la Fiscalía General de la Nación por la Subdirectora de Adopciones, ante la manifestación del padre adoptivo de los niños (...) y la verificación de estado de cumplimiento de derechos, en los cuales se da a conocer la situación de amenaza de sus derechos a la salud mental”⁴⁴.

Finalmente, Ilvia Ruth Cárdenas Luna, Subdirectora de Adopciones del ICBF, en la declaración que rindió el 11 de junio de 2011 en el proceso de restablecimiento de derechos, sostuvo:

“(...) PREGUNTADO: Sírvase realizar al despacho un relato de los hechos sucedidos en la Subdirección de Adopciones el día 31 de marzo de 2011 con respecto al caso de los niños (...). CONTESTÓ: Siendo aproximadamente las 11 de la mañana, me dirigía a mi oficina, cuando de ella salió la profesional de la Subdirección María Elena Márquez y el Sr. [XXX] quienes se encontraban con la Psicóloga María Carolina González; en la zona social de la Subdirección, antes de yo entrar a mi oficina el Sr. [XXX] se me acercó y me dijo que estaba preocupado por el nivel académico de los niños, en especial de [AAA], que él tenía contacto con una profesora de San Gil que le dictaba clases a los niños, frente a esa información, le pedí a la Dra. María Elena que revisara el tema en detalle y dejara un acta para tomar decisiones, cuando de un momento a otro, el Sr. [XXX] de una manera inexplicable y fuera de todo contexto dijo ‘yo soy gay’, digo que fuera de contexto por que (sic) ése (sic) no era el tema de conversación ni era el momento como quiera que el proceso ya se había terminado. Seguidamente, ingresé a mi oficina, el Señor [XXX] se asoma a la puerta, en vos (sic) alta y claramente me dice: tengo pareja, es mexicana y los niños lo conocen (...), de manera inmediata procedí a hablar con el abogado de la oficina Dr. Luis Antonio Guerrero, con quien analicé la situación decidiendo poner en conocimiento del Jefe de la Oficina Jurídica Dr. Julián Brand, estableciendo claramente que el Sr. [XXX] había omitido información trascendental como padre adoptante en el proceso administrativo y judicial y dada la incidencia de esta omisión en el proceso de adopción se designó por parte de la Secretaría General una Defensora de Familia de la Dirección General y la verificación de los derechos de los niños por un equipo psicosocial en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos”⁴⁵ (negrilla fuera del texto).

1. Por otro lado, la Sala encuentra que los profesionales de las áreas de sicología y trabajo

social del ICBF nunca afirmaron que la posible amenaza a los derechos de los niños AAA y BBB derivara del hecho de que el demandante, en el trámite de la adopción, no hubiera informado sobre su orientación sexual. Por el contrario, varios profesionales coincidieron en que los niños estaban afectados emocionalmente al momento de inicio del proceso como consecuencia de (i) su separación de XXX y (ii) la suspensión del viaje a Estados Unidos. A esto agregaron que las posibles consecuencias del proceso penal podrían empeorar la situación.

Como ya se indicó, en las actas de las diligencias de verificación de derechos de los niños AAA y BBB, de fecha 31 de marzo de 2011, el equipo del ICBF concluyó que los niños, al momento de la diligencia, no tenían sus derechos afectados. El equipo aseguró: “SE PUEDE OBSERVAR BUEN ESTADO FÍSICO”, a nivel emocional: “ALTERADO EMOCIONALMENTE POR LAS DIFICULTADES PRESENTADAS EN ÚLTIMO MOMENTO PARA VIAJAR”, y a nivel de presentación personal: “ADECUADA PARA SU EDAD Y GÉNERO DEMUESTRA CUIDADO”.⁴⁶

A continuación, en la casilla “CONCEPTO DE VALORACIÓN INTEGRAL”, en el caso del niño AAA, los funcionarios del ICBF manifestaron lo que sigue:

“Efectuada la verificación de los derechos del niños [AAA], el equipo encuentra que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, el niño tiene sus derechos garantizados, sin embargo, de la situación presentada el día de hoy con el padre adoptante de los niños, de donde se colige que hubo omisión de información durante las etapas administrativa y judicial del proceso de adopciones, lo cual conlleva a formular una denuncia penal con las consecuencias que ello conlleva, el equipo conceptúa que en el presente caso existe una presunta amenaza a los derechos a la salud mental y emocional y por ende al derecho al desarrollo armónico e integral, en consecuencia recomienda se brinde al niño acompañamiento psicológico que implica intervención permanente por parte de los profesionales del área”⁴⁷ (negrilla fuera del texto).

A la misma conclusión llegaron los funcionarios en la diligencia de verificación de derechos del niño BBB.⁴⁸

En la entrevista realizada a los niños por un equipo de profesionales del ICBF, el 31 de marzo de 2011, se concluyó:

“Teniendo en cuenta que el ICBF y la Agencia de Adopciones preparó a los niños [AAA] y [BBB] a lo largo de las etapas administrativas y judiciales, para la adopción por parte del señor [XXX], y que la cancelación del viaje, la alteración de su proyecto y la investigación penal que se adelantará contra el señor [XXX], puede afectar el desarrollo armónico e integral de los niños, existiendo una presunta amenaza a la salud emocional y mental, por lo que requiere acompañamiento psicológico que implica intervención permanente por parte del profesional del área”⁴⁹ (negrilla fuera del texto).

Posteriormente, la sicóloga Graciela Camargo, en el “Concepto Psicológico sobre los hermanos [AAA] y [BBB]” emitido el 25 de abril de 2011, señaló:

“Producto de los antecedentes expuestos y partiendo del conocimiento que el ICBF y la Agencia de Adopciones preparó a los niños [AAA] y [BBB] a lo largo de las etapas administrativas y judicial, para la adopción por parte del señor [XXX] y que la cancelación del viaje a Estados Unidos, la alteración de su proyecto de vida y la investigación penal que se adelanta contra el señor [XXX], puede afectar el desarrollo armónico e integral de los niños y especialmente su salud emocional y mental, en mi concepto es imperativo realizar acompañamiento psicológico a los niños, previendo causar el menor daño posible en caso que la adopción sea revocada.”⁵⁰

De los conceptos de los profesionales del área sicosocial del ICBF resaltadas anteriormente se deduce que, en su criterio, no era la falta de información sobre la orientación sexual del peticionario en el trámite de adopción, sino (i) la interrupción del viaje, (ii) las posibles consecuencias del proceso penal que se inició contra XXX y (iii) la posibilidad de que se revocara la adopción, lo que en ese momento estaba alterando y amenazando la salud “emocional y mental” de los niños. Por tanto, no es cierto lo que afirmó la Defensora de Familia en la audiencia de fallo del proceso de restablecimiento de derechos, en el sentido de que los profesionales de la institución señalaron que la causa del riesgo emocional de los niños fuera la falta de información en el proceso de adopción sobre la orientación sexual de XXX.⁵¹

1. Por otra parte, Subdirectora de Adopciones y la Defensora de Familia, al inicio del proceso de restablecimiento de derechos y cuando se adoptó la medida de ubicación en hogar

sustituto, no explicaron las razones por las cuales la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción amenazaba de forma real los derechos de los niños AAA y BBB, es decir, no explicaron cuál era el nexo causal entre la falta de información y la amenaza. Las únicas explicaciones que obran en el expediente sobre este punto fueron aportadas en el trámite de la tutela y no son satisfactorias:

Por ejemplo, en respuesta a un derecho de petición elevado por la parte demandante, la Defensora de Familia aseguró que la falta de información sobre la orientación sexual de XXX afectaban la valoración de su idoneidad, pero no explicó porqué ello generaba una amenaza real sobre los derechos de los niños:

“En el caso concreto las valoraciones del señor [XXX] se le realizaron desde lo psicosocial tanto en EE.UU. como en Colombia, con un perfil de persona que desarrolla su vida, social - afectiva, desde una perspectiva, luego las valoraciones para determinar la idoneidad, están afectadas, sobre la base de que no se evaluó en su integridad al solicitante”⁵² (negrilla fuera del texto).

Luego la funcionaria recordó que el ICBF debe hacer seguimiento a la situación de los niños adoptados por espacio de dos años posteriores a la adopción, y que en ese periodo puede adoptar nuevas medidas de restablecimiento de ser necesario. Sin embargo, la funcionaria no explicó porqué en este caso se ameritaban nuevas medidas de restablecimiento y de tal magnitud.⁵³

Posteriormente, en la declaración rendida por la Subdirectora de Adopciones, el 11 de junio de 2011, ésta se limitó a afirmar que después de enterarse de que XXX es homosexual:

“(…) de manera inmediata procedí a hablar con el abogado de la oficina Dr. Luis Antonio Guerrero, con quien analicé la situación decidiendo poner en conocimiento del Jefe de la Oficina Jurídica Dr. Julián Brand, estableciendo claramente que el Sr. [XXX] había omitido información trascendental como padre adoptante en el proceso administrativo y judicial y dada la incidencia de esta omisión en el proceso de adopción se designó por parte de la Secretaría General una Defensora de Familia de la Dirección General y la verificación de los derechos de los niños por un equipo psicosocial en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos”⁵⁴ (negrilla fuera del texto).

Fue durante el trámite de la segunda instancia del proceso de tutela que el ICBF aportó un concepto elaborado por un grupo de profesionales de la Subdirección de Adopciones, quienes frente a la pregunta “En qué afecta o afectaría el desconocimiento de la orientación sexual de los pretensos adoptantes en la valoración de idoneidad?”, concluyeron, entre otras cosas: “La omisión de información o la tergiversación de la realidad inciden de manera negativa en el proceso de intervención profesional, en la medida que desvía los resultados y la determinación de un concepto de idoneidad”.⁵⁵ Los profesionales no aportaron mayores explicaciones al respecto.

Luego, en la Resolución 16 de 2011, dictada en la audiencia de fallo del proceso de restablecimiento de derechos del 30 de septiembre de 2011, es decir, después de que se profiriera la sentencia de segunda instancia en el proceso de tutela, la Defensora manifestó: “Exponer a los niños a constituir una familia con una persona que ocultó el tipo de familia que le iba a ofrecer es arriesgarse a encontrar moldes a los que los niños probablemente no se ajusten”.⁵⁶ Por esta razón, resolvió (i) declarar en situación de vulneración a los niños y (ii) confirmar la medida provisional de “ubicación en colocación familiar, Hogar Sustituto”.

1. Finalmente, la Sala observa que si bien es cierto en el proceso de adopción no se tuvo conocimiento de la orientación sexual de XXX, tal hecho no le puede ser imputable, ya que, como manifestó la agencia Baker Victory Services, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York en Estados Unidos, donde se llevaron a cabo los estudios dirigidos a evaluar su aptitud como padre adoptivo, no es posible interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual.

Ciertamente, según la comunicación remitida por Baker Victory Services a la Subdirectora de Adopciones del ICBF, el 1° de abril de 2011, en los estados de Nueva Jersey y Nueva York, la normativa prohíbe interrogar a los solicitantes de una adopción sobre su orientación sexual; esta afirmación no fue desvirtuada por el ICBF:

“[XXX] solicitó a Baker Victory Services la adopción de dos niños, [AAA] y [BBB], a quienes había alojado por intermedio del programa de Kidsave. Una trabajadora social licenciada, Barbara Cohen, elaboró su estudio de hogar a través de la Jewish Child Association, agencia acreditada ante la Haya. Dicho estudio de hogar se efectuó de conformidad con todas las

normas y reglamentos del estado de Nueva Jersey y, dentro del cumplimiento de tales reglamentos, se obtuvieron los registros de historia criminal y de abuso de menores, sin que existiese ningún cargo en contra. Igualmente, la Dra. Linda Busch, psicóloga clínica licenciada, se hizo cargo de la evaluación psicológica y no encontró ningún síntoma psicológico que pudiese afectar la capacidad de crianza del padre adoptivo.

Obedeciendo los reglamentos de los estados de Nueva Jersey y Nueva York, al SR. [XXX] no se le hizo ninguna pregunta referente a su orientación sexual. Debe anotarse que las leyes de los Estados Unidos de América prohíben que se discrimine a una persona cuando esté solicitando una adopción, ni tampoco al otorgarle la aprobación para adoptar, con base en su orientación sexual”.⁵⁷

De otro lado, como reiteró la Embajada de Estados Unidos en el comunicado emitido el 22 de julio de 2011, el Departamento de Seguridad Nacional de ese país verificó que XXX es un hombre soltero que vive solo. La Embajada afirmó:

“Tras conocer los alegatos del ICBF el 30 de marzo de 2011 respecto a la posibilidad de que el Sr. [XXX] omitiera información relevante cuando remitió la petición I-800A, el Departamento de Estado solicitó a la Embajada de Estados Unidos en Bogotá enviar la petición I-800A al Departamento de Seguridad Nacional, agencia de Ciudadanos de los Estados Unidos y Servicios de Inmigración –CEUSI-, para revisión.

CEUSI revisó la petición y determinó que efectivamente el Sr. [XXX] no había falseado ninguna información, que él no está casado, y vive solo. Ellos determinaron que no hubo ningún cambio en su estatus, y se reafirmó que la petición I-800A sigue siendo válida.

Una petición I-800A aprobada significa que el aplicante ha cumplido con los requerimientos de los Estados Unidos para adoptar a un niño de otro país” (negrilla fuera de texto).⁵⁸

1. En suma, la Sala considera que si en gracia de discusión se admite que efectivamente, a 31 de marzo de 2011, los derechos de los niños estaban en riesgo debido a la afectación emocional que presentaban, no existe evidencia de la relación causal entre la omisión de información que se endilga a XXX y la situación emocional de los niños. Lo anterior por

cuanto los dictámenes de los profesionales del ICBF coincidieron en que la causa de dicha alteración emocional fue (i) la interrupción del viaje, (ii) las posibles consecuencias del proceso penal que se inició contra XXX y (iii) la posibilidad de que se llegara a revocar la adopción.

Por otra parte, si bien es cierto posteriormente un grupo de profesionales de la Subdirección de Adopciones del ICBF aseguró que la amenaza de los derechos de los niños devenía de que no habían sido preparados para ingresar a una familia con padre homosexual, tal concepto se emitió después de proferido el fallo de segunda instancia, lo que significa que esta información no pudo ser el fundamento de la decisión del 31 de marzo de 2011.

1. La medida de restablecimiento de derechos adoptada no estaba justificada y es desproporcionada

Como se indicó en secciones anteriores, la adopción de medidas de restablecimiento debe responder a una lógica de gradación, según la cual, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; de modo la decisión debe sujetarse al principio de proporcionalidad. Además, cuando tales medidas impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales, y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas. No obstante, en este caso la Sala advierte que la Defensora de Familia resolvió adoptar una de las medidas de restablecimiento más drásticas -pues la ubicación en hogar sustituto conlleva la ruptura del núcleo familiar, sin que existiera evidencia de una amenaza de tal magnitud que la justificara.

En efecto, en el expediente solamente obra prueba de que los niños AAA y BBB estaban alterados emocionalmente al momento de adopción de la medida de restablecimiento (pero, como se concluyó en apartes anteriores, tal afectación provino precisamente de su separación de XXX); sin embargo, la Defensora, sin contar con evidencia más amplia y, en particular, sin pruebas de que los niños peligraban al lado de XXX, resolvió ubicarlos en hogar sustituto.

La ubicación en hogar sustituto, de conformidad con el artículo 52 del Código de Infancia y

Adolescencia, consiste en “(...) la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.” Esta medida debe decretarse por el menor tiempo posible, sin que pueda exceder los seis meses, prorrogables por otras seis con causa justificada y previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del ICBF.

Como se puede apreciar, es una medida de restablecimiento drástica, pues significa la separación del niño de su ambiente familiar y su traslado a una casa desconocida. Por esta razón, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, debe emplearse cuando existe evidencia de una amenaza o vulneración grave de los derechos de los niños.

En este caso, no existía dicho tipo de evidencia, por el contrario, los dictámenes de los profesionales del ICBF mostraron que los niños estaban en buen estado físico y que su alteración emocional provino de la separación de XXX y la interrupción de su proyecto de conformar una familia con él. En este orden de ideas, la medida, si bien pudo perseguir un fin importante, no era necesaria –podría haberse adoptado otra de las medidas reseñadas en el Código- y sí implicó un sacrificio excesivo de los derechos de XXX y sus hijos. Por tanto, la Sala concluye que la decisión de la Defensora fue desproporcionada.

1. La Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños AAA y BBB a la hora de dictar la medida de restablecimiento

Por último, la Sala observa que la Defensora de Familia, en el proceso de restablecimiento de derechos, no garantizó el derecho de los niños AAA y BBB a ser oídos ni tomó en cuenta sus opiniones. Por el contrario, pese a que los niños de forma reiterada manifestaron su deseo de vivir con XXX y no ser separados de él, la Defensora nunca consideró la opinión de los niños y ordenó, además de la ubicación de los niños en hogar sustituto, que sus contactos con XXX fueran suspendidos progresivamente.

“Se evidencia que los niños desean continuar compartiendo con su padre, están proyectados y se imaginan viviendo con él, con frecuencia hablan de su viaje a los Estados Unidos.

Con [BBB], se puede concluir que siente seguridad estando cerca del padre.

Los niños tienen un fuerte apego y un vínculo estable entre ellos y con el padre adoptante.

Se puede apreciar que [AAA], se siente frustrado y angustiado por todo el esfuerzo que ha tenido que afrontar durante el proceso de búsqueda de familia, sintiendo en este momento que su sueño se ha realizado con la adopción que hizo el señor [XXX], por lo que enfatiza a los entrevistadores la responsabilidad que tiene en la situación presente, el ICBF.”⁵⁹

La Defensora no tuvo en cuenta estas manifestaciones de los niños, ni tampoco los escuchó al adoptar la medida de restablecimiento ni al confirmarla en la audiencia de fallo. Por tanto, la Sala concluye que la Defensora vulneró el derecho de los niños AAA y BBB a ser escuchados.

1. INEXISTENCIA DE CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

La falta de proporcionalidad de las decisiones adoptadas por la Defensora de Familia en el proceso de restablecimiento de derechos y, por esta vía, la vulneración de los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y el de los niños a ser oídos, no ha sido superada con las recientes decisiones adoptadas por el ICBF.

El 2 de diciembre de 2011, el nuevo director del ICBF solicitó a la Defensora de Familia que considerara la valoración de los niños por un grupo de profesionales ajenos al proceso de restablecimiento de derechos.⁶⁰ Con fundamento en esta solicitud, los niños fueron valorados el 5 de diciembre de 2011, por la sicóloga Mónica Vejarano, quien recomendó:

* “Brindarle un reintegro a los niños [AAA] y [BBB] con su padre adoptivo [XXX], puesto que con la entrevista se aclararon las dudas que podrían ser el impedimento para que esto se lleve a cabo.

* Brindarles al señor [XXX] y a sus hijos adoptivos [AAA] y [BBB] acompañamiento si fuese necesario que les ayude a orientar y comprender la orientación sexual de su padre adoptivo”.⁶¹

Luego, el 11 de diciembre de 2011, XXX también fue valorado por la sicóloga Clemencia Ramírez Herrera, quien concluyó:

Es una persona competente, capaz de convertirse en un padre efectivo que por su nivel de compromiso probablemente será un padre de gran beneficio para estos niños. De otra parte, está dispuesto a recibir la ayuda necesaria así como la consejería especializada que lo lleve a lograr las metas como padre de la manera más adecuada posible”.⁶²

Finalmente, el 12 de diciembre de 2011, la Defensora ordenó:

“PRIMERO: -Levantar la medida de protección provisional de ubicación en Hogar sustituto tomada a favor de los hermanos [AAA] y [BBB].

SEGUNDO: Reintegrar a los hermanos (...), a su medio familiar concretamente bajo la custodia y cuidados personales y de manera provisional a su padre [XXX] y su familia extensa paterna (...).”⁶³

Pese a que en la actualidad los niños están en Estados Unidos y conviven con XXX, obsérvese que la custodia fue entregada de forma provisional y sin que se subsanaran los defectos del proceso de restablecimiento antes descritos. Por estas razones, la Sala concluye que no existe una carencia actual de objeto por hecho superado.

1. DECISIÓN A ADOPTAR

En resumen, la Sala considera que el ICBF, al adelantar el proceso de restablecimiento de los derechos de los niños AAA y BBB y ubicarlos en hogar sustituto como medida de restablecimiento, desconoció sus derechos fundamentales y los de su padre adoptivo XXX, al debido proceso y a la unidad familiar, toda vez que (i) el ICBF no logró demostrar que efectivamente existía una amenaza sobre la “salud emocional de los niños AAA y BBB” en el momento en el que la Defensora dio inicio al procedimiento y los ubicó en hogar sustituto; (ii) aunque eventualmente se concluyera que sí existía una amenaza, el ICBF tampoco probó que existiera un nexo causal entre la falta de información sobre la orientación sexual de XXX en el proceso de adopción y dicho riesgo. Por el contrario, la amenaza, en concepto de los profesionales del propio ICBF, devino de (a) las consecuencias que podría traer la denuncia

penal formulada contra XXX, (b) la separación de los niños de XXX y (c) la interrupción de su viaje a Estados Unidos, es decir, la amenaza no era imputable –a juicio de los sicólogos y trabajadores sociales del ICBF- a la falta de información sobre la orientación sexual de XXX; (iii) la entidad tampoco demostró que la amenaza fuera de tal magnitud que ameritara una medida tan drástica como la separación de los niños de su padre y su ubicación en hogar sustituto; y (iv) que la Defensora de Familia no tuvo en cuenta la opinión de los niños cuando decidió ubicarlos nuevamente en hogar sustituto.

Adicionalmente, la Sala estima que pese a que la Defensora de Familia cambió la medida de restablecimiento y entregó la custodia de los niños a XXX en diciembre de 2011, en tanto (i) dicha decisión es provisional y (ii) no se subsanaron las irregularidades del proceso de restablecimiento de derechos, no existe una carencia actual de objeto por hecho superado que impida a la Corte pronunciarse.

Por estas razones, la Sala concederá la tutela a los derechos fundamentales de XXX, AAA y BBB al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. En consecuencia, revocará los fallos de instancia y, en su lugar, ordenará dejar sin efectos todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos y ordenar la entrega definitiva de la custodia de los niños a XXX.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado de la Corte Constitucional

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos de instancia emitidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 30 de agosto de 2011, en la que confirmó el fallo proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 14 de julio de 2011. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de XXX, y los niños AAA y BBB al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en

cuenta.

SEGUNDO.- En consecuencia, DEJAR SIN EFECTO todas las resoluciones dictadas en el marco del proceso de restablecimiento de derechos adelantado por el ICBF en relación con los niños AAA y BBB, y ORDENAR la entrega definitiva de la custodia de los niños AAA y BBB, a XXX, su padre adoptivo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-276/12

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, me permito aclarar mi voto en la sentencia de la referencia.

Si bien comparto el sentido general de la decisión, considero que esta dejó de pronunciarse sobre algunos de los derechos invocados, los cuales fueron desconocidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Esto conforme a los argumentos que planteo a continuación.

Así, de acuerdo con el accionante, los hechos que dieron origen a la acción de tutela evidenciaban el desconocimiento de sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al debido proceso, así como los derechos de los niños a tener una familia, a no ser separados de ella y a no ser discriminados por su origen familiar.

En este sentido, alegó que hubo al menos dos elementos que evidenciaron un trato diferenciado en razón de su orientación sexual, el primero, que la actuación administrativa adelantada por el ICBF tuvo su origen en razón de una conversación informal en la que se refirió a su orientación sexual y advirtió que tenía una pareja. Y el segundo, la forma como se adelantó el proceso de restablecimiento de derechos.

No obstante, la decisión adoptada por la Sala Séptima de revisión se restringe a “tutelar los derechos fundamentales de XXX, y los niños AAA y BBB al debido proceso y a la unidad familiar, y de los niños a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta”. Es decir, no se pronuncia sobre el desconocimiento de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, causados por la discriminación basada en la orientación sexual del accionante, derivada de la conducta del ICBF.

Lo anterior, pese a que a lo largo de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha establecido que las personas con orientaciones sexuales diversas, merecen el mismo respeto y protección del Estado que las personas heterosexuales y ha condenado el trato desigual hacia este grupo poblacional. Así, considero que la Corte también debió haber formulado una consideración específica sobre los derechos conculcados al actor, en razón de las consecuencias desfavorables y constitucionalmente injustificadas, que el ICBF derogó de su opción sexual diversa.

En este sentido, la Corte ha reiterado que un trato desigual hacia personas con orientaciones sexuales diversas desconoce el principio de igualdad, que a su vez hace parte de las normas del ius cogens sobre las cuales “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público y es un principio fundamental sobre el cual se basa todo ordenamiento de un Estado

democrático”⁶⁴; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la intimidad; y puede desconocer en ciertos casos el derecho a la honra y al buen nombre, “esto significa que cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de definir su proyecto de vida, bajo la sola condición que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás”⁶⁵ y cualquier restricción injustificada a esta potestad está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, a mi juicio la sentencia de la referencia incurre en una omisión, al no establecer en armonía con la jurisprudencia de esta Corporación, que la conducta del ICBF vulneró -por lo menos-, los derechos fundamentales del accionante a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, según paso a exponer:

Evolución jurisprudencial de la garantía de los derechos de las personas con orientaciones sexuales diversas

La línea jurisprudencial basada en la garantía de los derechos de las personas homosexuales, tiene como uno de sus puntos de partida a la sentencia C-481 de 1998⁶⁶, en la que la Corte declaró inexecutable la expresión “el homosexualismo”, contenida en artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, sobre causales de mala conducta del ejercicio docente. A propósito de la discusión desatada entonces, la Corte Constitucional estableció:

“23- Conforme a lo anterior, en nuestro ordenamiento constitucional, la orientación homosexual, incluso si asumimos que ésta es escogida libremente y no determinada biológicamente, no puede constituir un criterio para que la ley restrinja el acceso de la persona a un determinado bien o le imponga una carga, por cuanto las autoridades estarían no sólo afectando su libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) sino que además desconocerían el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP art. 7o). En efecto, y tal y como esta Corte ya lo ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo, por lo cual son

‘insuprimibles por la voluntad democrática’, y entre ellas se encuentra sin lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, ‘no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social’⁶⁷.

(...)

“27- En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto”.

Esta sentencia por “su amplia y bien documentada motivación ha servido desde entonces como cantera ideológica y argumentativa a una posición que considera que la Constitución de 1991, en todo caso, si tenía desde el inicio suficientes elementos textuales y estructurales para dar amplia protección a los derechos fundamentales de las personas y las parejas homosexuales “68 y dio inicio a una línea jurisprudencial orientada a garantizar el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas con orientaciones sexuales diversas.

Así por ejemplo, en sentencia T-301 de 2004, la Corte conoció el caso de un ciudadano homosexual que interpuso una acción de tutela contra el Departamento de Policía de Santa Marta, porque en repetidas oportunidades cuando compartía con amigos en un sector de la ciudad fue hostigado, maltratado verbalmente y obligado a dispersarse porque a juicio de los policías afectaba la moral pública. En esa oportunidad la Corte amparó los derechos a la honra, al buen nombre, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante y ordenó al comandante del Departamento de Policía impartir las instrucciones necesarias para hacer cesar los hostigamientos.

En la sentencia T-848 de 2005, la Corte estudió varias tutelas interpuestas por mujeres que alegaban el desconocimiento de sus derechos por cuenta de las requisas a las que eran sometidas tanto internas como visitantes de la Cárcel Villahermosa de Cali. En respuesta a la

acción de tutela, el director del establecimiento indicó que las guardianas no eran lesbianas, por lo que las requisas no eran morbosas. La Corte rechazó el criterio del director del penal y afirmó que “no es admisible que el Director de una cárcel del país considere que ‘ser lesbiana’ demuestre o sea un indicio de que una guardiana somete a las mujeres que visitan la cárcel a requisas degradantes. El ejercicio de una libertad fundamental, como lo es la libertad sexual, la cual, entre otros ámbitos, protege la orientación sexual de toda persona, no puede ser considerado una prueba o un indicio de una conducta ilegal”.

Estas sentencias se inscriben dentro de una profusa línea jurisprudencial que se ocupó de garantizar el derecho de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI a ejercer su libre opción sexual. No obstante, pese a los pronunciamientos de la Corte Constitucional orientados a prevenir o reparar eventos de discriminación por estas razones, la jurisprudencia restringía la protección a un ámbito puramente individual. Es decir, “el ordenamiento jurídico reconoc[ía] los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva[ba] de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida”.⁶⁹

Algunas pocas sentencias de tutela hacían referencia a la protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Así, por ejemplo, en la sentencia T-301 de 2003, la Corte conoció el caso de una mujer interna en un establecimiento carcelario, a quien se le impedía tener una visita íntima de su pareja del mismo sexo. En esa oportunidad se ordenó permitir la visita íntima de parejas homosexuales. De acuerdo con la Corte “a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos y de sus visitantes, particularmente de su derecho fundamental a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las autoridades penitenciarias y carcelarias deben garantizar el ejercicio del derecho a la visita íntima de las parejas homosexuales”.

Es solo a partir de 2007 que la Corte comenzó a garantizar de manera sistemática los derechos de las personas homosexuales, más allá de un ámbito individual. Así, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 10 y 20 de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes” y reiteró que la discriminación basada en la orientación sexual puede entenderse como una clase de discriminación por sexo y que todo

trato diferenciado basado en la orientación sexual se presume inconstitucional. Basada entre otras en las anteriores consideraciones, concluyó que “es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales”. Por lo anterior, declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

A partir de la citada sentencia “la pareja homosexual que cumpl[e] con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”⁷⁰

Posteriormente, en la sentencia C-336 de 2008, la Corte estudió una demanda de contra los artículos 10 de la ley 54 de 1990, 47, 74 y 163 de la Ley 100 de 1993, referidos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y que restringían para las parejas homosexuales la protección allí contenida. La Corte concluyó que no reconocer como beneficiarios de las prestaciones contenidas en las normas demandadas a las parejas del mismo sexo, constituía un déficit de protección:

“7.4. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.

(...)

7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación, desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición solo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”.

Posteriormente, en la sentencia C-029 de 2009, la Corte conoció una demanda contra las disposiciones de varias leyes que según los demandantes configuraban un trato discriminatorio para las parejas homosexuales, porque mantenían una diferencia de trato. En esa oportunidad la Corte declaró exequibles las disposiciones demandadas, en el entendido de que debían ser aplicadas a las parejas del mismo sexo.

Dos años después en la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional conoció dos demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 113 del Código Civil, 2o de la Ley 294 de 1996 y 2o de la Ley 1361 de 2009, que consideraban que dichas normas, al impedir contraer matrimonio a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, eran contrarias a la Constitución. Luego de analizar las acciones, la Corte reconoció el derecho que tiene toda pareja -incluyendo aquellas conformadas por personas del mismo sexo- a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. Además, dicha sentencia estableció que las uniones de parejas de personas del mismo sexo constituyen una familia y gozan del derecho a la plena protección al que se refiere el artículo 42 de la Constitución.

“(…) en la Sentencia C-029 de 2009 se indicó que la pareja, sea heterosexual u homosexual, tiene un proyecto de vida en común, una vocación de permanencia y comporta ‘asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes’, lo que fue reiterado a propósito de la obligación alimentaria, al puntualizar que la existencia de ‘una especial vinculación’ da lugar a ‘lazos de afecto, solidaridad y respeto’.

“A propósito de estas consecuencias personales de las uniones permanentes de dos personas del mismo sexo, conviene retomar ahora el concepto general de familia, ya evocado en esta providencia, para llamar la atención acerca de que allí se funda su existencia ‘en el amor, el respeto, y la solidaridad’ y, a la vez se la caracteriza ‘por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos”⁷¹

“Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por

el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

“Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia.

“Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.

(...)

“De conformidad con lo indicado en otros apartes de esta providencia, la sola pareja que libremente manifiesta su consentimiento o se une con vocación de permanencia es ya una familia, así en el matrimonio como en la unión marital de hecho que, tradicionalmente y para distintos efectos, ha sido aceptada como familia aún sin descendientes⁷², luego la situación no puede ser distinta en el caso de las personas homosexuales que conforman una unión estable.

(...)

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y

su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohiado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la ‘voluntad responsable de conformarla’ también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales ” (negrilla fuera de texto).

Conforme a la citada sentencia, nuestro ordenamiento jurídico admite diversos tipos de familias, como son las conformadas por parejas heterosexuales o por parejas homosexuales. Las familias con hijos o sin hijos, las familias de padre o madre soltera, las familias conformadas por nietos y abuelos, etcétera. De modo que la orientación sexual sus miembros, a juicio de la Corte Constitucional, no puede ser un obstáculo para la conformación de una familia. Por ello, la sentencia C-577 de 2011 exhortó “al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisl[ara], 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 [la] sentencia, afecta a las mencionadas parejas”. No obstante, el Congreso de la República no ha promulgado la normatividad aludida.

El anterior recuento, evidencia como la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evolucionado de reconocer una protección especial a los sujetos con orientaciones sexuales diversas en el ámbito individual, a contemplar primero la protección patrimonial de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, luego, una protección más amplia que implicaba la posibilidad de conformar uniones maritales de hecho, para finalmente en la sentencia C-577 de 2011, reconocer explícitamente que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, constituyen una forma de familia.

Este ámbito de protección, sin embargo, no ha significado el fin de la discriminación contra personas y parejas homosexuales. Así, por ejemplo, recientemente en la sentencia T-248 de 2012, la Corte tuvo que analizar la prohibición de donación de sangre por parte de homosexuales. Al respecto, la Corte entendió que “la tendencia de consagrar normativamente una prohibición de donación de sangre para los hombres homosexuales,

tuvo sobretodo un origen histórico a partir la década de los años 80, desde la detección del Virus de Inmunodeficiencia Humana —VIH, en personas en su mayoría homosexuales “, lo anterior porque como “los primeros casos se presentaron en hombres homosexuales, se dedujo inicialmente que la epidemia era selectiva y afectaba casi de manera exclusiva a este grupo de población. En respuesta a esta situación, varios países a nivel mundial incluyeron en sus normativas la prohibición -definitiva o temporal- de que los hombres homosexuales fueran donantes de sangre, debido a la creencia sobre el riesgo potencial de infección de VIH que tenía estas personas”.

Sin embargo, considerando que el VIH no afecta exclusivamente a la población homosexual, la Corte concluyó que esta medida tiene un origen discriminatorio que fortalece el estigma a la población homosexual. Por lo anterior, concluyó que “el criterio de la homosexualidad en hombres para diferir la donación de sangre, es un criterio que tiene su origen en un marco histórico específico, el cual ha sido reevaluado en diferentes legislaciones con fundamento en información científica más reciente sobre las causas del VIH. En efecto, estudios científicos han mostrado que una de las formas de transmisión de la enfermedad son las prácticas sexuales inseguras, y no la orientación sexual de las personas en sí misma. La restricción de donar sangre a los hombres homosexuales constituye por tanto una medida que no es conducente para lograr identificar a los donantes que configuran un riesgo, ya que va dirigido, no a los comportamientos sexuales riesgosos que son los que realmente están expuestos a una transmisión de VIH, sino a una calidad íntima de la identidad del donante, que per se no identifica riesgo alguno”.

Otro ejemplo de discriminación basada en la orientación sexual, es precisamente la sentencia que nos ocupa. Ello, porque la única razón para dar inicio al trámite de restablecimiento de derechos de los niños involucrados fue la orientación sexual del accionante, como lo reconoce la propia sentencia T-276 de 2012, al concluir que la apertura del proceso de restablecimiento de derechos y la decisión de ubicarlos en un hogar sustituto, ocurrieron “solamente por la presunta amenaza a los derechos de los niños que, a juicio del ICBF, representaba el hecho de que [el accionante] no hubiera informado su orientación sexual en el trámite de la adopción “. Es decir, la decisión del ICBF se basó en un criterio de diferenciación sospechoso.

No obstante, la sentencia dejó de lado cualquier consideración sobre la influencia de la

orientación sexual del accionante en la decisión adoptada y concluyó que “la Defensora de Familia demandada adoptó decisiones injustificadas y desproporcionadas que constituyen una vía de hecho administrativa y lesionaron los derechos fundamentales de los peticionarios al debido proceso y a la unidad familiar”.

A mi juicio, la sentencia debió establecer de forma clara, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, que en el caso puesto a su consideración hubo un trato discriminatorio, basado en la orientación sexual del accionante y en consecuencia debió tutelar los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del actor. Como ese análisis no fue asumido por la Corte, dicha omisión da lugar a la presente aclaración de voto.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

1 Los comisarios de familia, en los lugares donde existen defensores de familia, solamente pueden ocuparse casos de violencia intrafamiliar. En los lugares donde no hay defensores, se conocen de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños y pueden tomar cualquier medida de restablecimiento de derechos, salvo la declaración de adaptabilidad del niño.

2 Ver sentencia T-881 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este fallo, la Corte revisó un proceso de tutela en el que los demandantes alegaban que el ICBF arbitrariamente los había separado de sus hijos y mediante engaños los habían inducido a firmar documentos en los que aceptaban su adopción. El ICBF, por su parte, alegaba que los niños habían sido maltratados y por ello habían sido reubicados en un hogar sustituto. La Corte sostuvo: “A pesar de que el ICBF tiene como finalidad la protección de los menores mediante sus actuaciones, esta entidad se debe ceñir a los trámites administrativos que le establezcan las leyes o decretos que lo regulan. Dentro de los procesos de colocación familiar en hogar amigo o en hogar sustituto, los de declaración de estado de abandono y en general en todos los trámites que surta la mencionada entidad en pro de los menores, se debe permitir la

participación de los padres de los menores, en caso de que los tengan, como partes con derecho a ser escuchados por el ICBF, y a manifestar su consentimiento, en caso de que la ley contemple que así se debe hacer para que se tomen decisiones como el dar en adopción a los menores.” En el caso concreto, se negó la tutela porque la Sala concluyó que el ICBF no había incurrido en ninguna arbitrariedad. Ver también la sentencia T-671 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3 Ver sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte señaló al respecto: “En efecto, el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia. || Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.”

4 Ver sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre este punto, la Sala manifestó: “Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. OC-17 del 28 de agosto de 2002, referente a ‘la condición jurídica y los derechos humanos del niño, siguiendo la Directriz núm. 14 de Riad, y la jurisprudencia del TEDH según la cual cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño, sostuvo lo siguiente: || ‘Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta

función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro.’ || En igual sentido, siguiendo al TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que es necesario ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño⁴. Y más adelante aclara que “Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, inter alia)’.”

5 Ver sentencias T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-572 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-671 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-502 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-580^a de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; entre otras.

6 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

8 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

9 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

10 La Corte indicó: “Si se observan las razones dadas por el ICBF, puede verificarse que existió cierto nivel de negligencia de los padres, sobretudo en la omisión de afiliación a salud y de aportar el carné de vacunas del niño Antonio, pero no se trataba de un maltrato tal que requiriera ineludiblemente que éstos salieran de su medio familiar.”

11 M.P. Mauricio González Cuervo.

12 La Corte señaló: “En tales condiciones, el argumento expuestos por la defensora de

familia en la contestación de la demanda de tutela, según el cual la vulneración de los derechos de la menor se evidenciaba en la medida en que se encontraba residiendo con personas “que no eran parte de su núcleo familiar”, con quienes no existía lazo de consanguinidad, ni proceso de adopción, mediando la alteración de su estado civil de conformidad con los registros civiles que se adjuntaron, se considera desproporcionado en tanto que si bien demuestran las condiciones de riesgo o vulnerabilidad en que se encontraba la menor ante la ausencia de la familia biológica y por tanto, la necesidad de imponer la medida de restablecimiento de sus derechos, de ellas no se deriva la existencia de claros riesgos para la vida e integridad, para su salud o el peligro inminente y urgente causado por las personas que la cuidaban, que ameritara el retiro intempestivo de su lado. Tampoco guarda relación la causa alegada por la funcionaria, con la decisión de ubicarla en un ambiente distinto al familiar en que se encontraba, a más de que desconoce claros mandatos constitucionales de la solidaridad en favor de los menores.

En efecto, la Corte entiende que la real afectación de los derechos de la menor parte de la conducta desplegada por la familia biológica al haberla “regalado”, desconociendo su obligación de poner en conocimiento del ICBF, como entidad de protección del Estado con competencia exclusiva para desarrollar programas de adopción (art. 62 Ley 1098/06), las especiales circunstancias en que nació la niña, las grandes dificultades socioeconómicas que afrontaban y la decisión de responsabilizar a otra familia de su cuidado. De la misma forma, encuentra reprochable la conducta desplegada por los accionantes al registrarla como hija suya sin serlo, en tanto que constituye una práctica inaceptable y penalmente reprochable cuya investigación y sanción compete a las autoridades penales, quienes en virtud del denuncia interpuesto por la defensora se encuentran adelantando la respectiva investigación. Tampoco comparte la Corte el proceder desplegado tanto por la familia biológica como por quienes se encontraban al cuidado, al evadir de forma irregular el cumplimiento de los requisitos trazados por el ICBF para la adopción.

No obstante lo anterior, es innegable que el comportamiento de los accionantes como familia de hecho de la menor, lejos de constituir un claro e inminente peligro para la menor, se encuentra amparado constitucionalmente (art.44 C.P) y legalmente (art. 67 L.1098/06) en el cumplimiento del deber de solidaridad reconocido en favor de los menores, en tanto que, en virtud de las circunstancias en que nació y las precarias condiciones de su núcleo familiar biológico y de su progenitora menor de edad con afecciones mentales, se encontraban

asumiendo de hecho la protección permanente de la menor, ofreciéndole condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos y rodeándola del afecto y cariño necesarios para su protección.

Correspondía entonces a la defensora de familia con el apoyo del equipo interdisciplinario del cual, dicho sea de paso, solamente intervino el psicólogo, quedando ausentes sin explicación alguna, los dictámenes del nutricionista y del trabajador social, previo a ordenar la medida de separación del medio familiar en que se encontraba, verificar el estado de salud física y psicológica, de nutrición y de vacunación, la ubicación de la familia de origen, el estudio del entorno familiar y la vinculación al sistema de salud y al educativo de la menor, así como también los vínculos afectivos¹² que se hubieran generado entre la familia de hecho y la pequeña. De haberlo hecho, tales circunstancias imponían privilegiar el interés superior de la niña y su derecho a permanecer en una familia y no ser separado de ella.”

13 La Corte afirmó: “En efecto, con el fin de garantizar el derecho de la menor a tener una familia y no ser separado de ella, la Defensora ha debido, a partir de las pruebas recaudadas, tener en cuenta otras alternativas más favorables a su situación familiar y más garantes de los derechos constitucionales fundamentales que se encontraban en juego, impidiendo en todo caso, sacarla del medio familiar en que se encontraba por cuanto le era favorable. Así entonces, podía recurrir como medida para el restablecimiento de sus derechos a la ubicación en medio familiar prevista en el artículo 53-3 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, pero en la modalidad de hogar amigo, figura que como se explicó, se encuentra regulada por el propio ICBF en la Resolución No.3621 de 2007, como una opción sustitutiva de la familia de origen, privilegiando este medio frente al institucional por considerarse más acorde con el interés superior del niño y más propicio a su desarrollo emocional, afectivo y relacional. De haber verificado con anterioridad la situación, habría determinado que la familia de hecho le brinda adecuadas condiciones para su desarrollo integral, tal como lo comprobó con posterioridad.”

14 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

15 Según el Comité, “[p]ara el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación”. Cfr. consideración 16.

16 El Comité explicó: “En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate

general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está “firmemente asentado en la vida diaria del niño” desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. || En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. || En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario. || Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.” Cfr. consideración 21.

17 Ver Comité sobre los Derechos del Niño, Observación general No. 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

18 Ver Unicef y Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc). “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas”. 2010. P. 45.

19 La agencia Baker Victory Services, mediante comunicación remitida al ICBF, el 1 de abril de 2011, indicó: “Obedeciendo los reglamentos de los estados de Nueva Jersey y Nueva York, al SR. [XXX] no se le hizo ninguna pregunta referente a su orientación sexual.” Cfr. fol 73 C.

1.

20 Ver fol. 54 C. 1.

21 Cfr. fols. 53 y 58 C. 1.

22 Ver fol. 59 C. 1.

23 Cfr. fol. 88 C. 1.

24 Ver fol. 76 C. 1.

25 Cfr. fols. 82 y 83 C. 1.

27 Cfr. fol. 45 C. 1.

28 Cfr. fol. 46 C. 1.

29 Ver fol. 41 C. 1.

30 Ver fols. 320 y 321 C. 3.

31 Ver fol. 317 C. 3.

32 Ver fol. 319 C. 3.

33 Ver fol. 337 C. 3.

34 Ver fols. 368 y 369 C. 3.

35 Ver fols. 427 y 428 C. 3.

36 Ver fol. 429 C. 3.

37 Cfr. fol. 436 C. 3.

38 Ver fol. 439 C. 3.

39 Cfr. fols. 550 y 451 C. 3

40 Ver fols. 105 a 128 C. Ppal.

41 Ver fols. 52 a 54 y 57 a 58 C. 1.

42 Cfr. fol. 84 C. 1.

43 Cfr. fol. 84 C. 1.

44 Cfr. fols. 82 y 83 C. 1.

45 Cfr. fols. 49 y 50 C. 2.

46 Cfr. fol. 53 y 58 C. 1.

47 Cfr. fol. 52 C. 1

48 Ver fol. 59 C. 1.

49 Cfr. fol. 88 C. 1.

50 Cfr. fol. 45. C. 1.

51 Ver esta afirmación en fol. 522 C. 3.

52 Cfr. fol. 108 C. 3

53 Ver fol. 109 C. 3.

54 Cfr. fol. 50 C. 2.

55 Cfr. fol. 47 C. 2

56 Cfr. fol. 337 C. 3.

57 Cfr. fol. 73 C. 1.

58 Cfr. fol. 10 C. 2.

59 Cfr. fol. 87 C. 1.

60 Ver fols. 430 y 431 C. 3.

61 Cfr. fol. 436 C. 3

62 Cfr. fols. 450 y 451 C. 3.

63 Cfr. fol. 47 C. Ppal.

64 Sentencia T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

65 Sentencia T-716 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

66 La sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, indica que la conclusión de que un trato diferenciado hacia una persona homosexual es discriminatoria, no era novedosa. Para ello cita la incipiente línea jurisprudencial desarrollada hasta entonces: " 'Así, en la primera ocasión en que abordó sistemáticamente este tema, la Corte señaló que la homosexualidad no podía significar una factor de discriminación social'. Luego, esta Corte precisó que 'los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirllos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (Art. 13 CP.) y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho (Art. 15 CP.) '. En posterior decisión, esta Corporación advirtió que "el principio de igualdad (CP. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público'. Finalmente, en reciente decisión, la Corte tuteló a unos estudiantes a quienes se les negó el reingreso a un colegio debido a su homosexualidad, pues consideró que 'la evaluación de la homosexualidad de los actores, como un factor negativo para resolver la solicitud de reingreso que presentaron a las directivas del colegio demandado, violó sus derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad', por cuanto la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser

objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida'".

67 Sentencia C-098 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 4.

68 Diego Eduardo López. Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Área Constitucional. Página 6. Disponible en: http://ejrlb.com/sites/default/fdes/pdfs/lineas_constitucional.pdf.

69 Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

70 Sentencia C -075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

8 Crf Sentencia C-271 de 2003

72 Cfr. GRACIELA MEDINA, Uniones de hecho homosexuales, Buenos Aires, Rubinzal Pág. 23. Culzoni Editores, 2001.