

Sentencia No. T-290/95

ACCION DE TUTELA-Improcedencia/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/DECLARACION DE ABANDONO-Recursos

El actor aún puede, antes de que quede en firme la declaración de abandono o de adopción, solicitar al Juez de Familia competente, “la terminación de los efectos de las declaraciones hechas por el Defensor de Familia y la finalización de las medidas de protección adoptadas”, demostrando para ello que se han superado las circunstancias que dieron lugar a dichas medidas. Dada la eficacia de este trámite para la protección de los derechos de quien solicita el cuidado del menor, el cual se surte mediante procedimiento verbal sumario, mal podría ser reemplazado por la acción de tutela. Adicionalmente, si el actor considera violado el debido proceso, podrá ejercer oposición contra el acto de declaración de abandono o contra la resolución de adopción que en el futuro se profieran, evento en el cual se hace obligatoria la homologación por parte del Juez de Familia, de las decisiones adoptadas por el Defensor de Familia en representación del I.C.B.F.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA/INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Protección de menores

En el caso que nos ocupa, la menor xx fue alejada del actor. La entidad oficial legalmente encargada de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños encontró a la menor en una situación irregular tal, que ameritaba su intervención, mediante los mecanismos que la ley dispone para ello. La menor había sido abandonada por sus padres y se encontraba viviendo en un medio que hacía peligrar su seguridad y el adecuado desarrollo al que tiene derecho. Esta situación, obligaba al ICBF a brindarle la protección debida. Fue así como se establecieron sucesivas medidas provisionales de protección (colocación en hogar amigo, en un hogar de paso y, por último, en un hogar sustituto), como parte del proceso mediante el cual se busca precisamente garantizarle a la menor su adopción definitiva por parte de una familia que le brinde los cuidados y garantías a los que todo menor debe tener acceso.

HOMOSEXUAL-Custodia de niña

El actor asegura que fue su homosexualidad el único factor que el I.C.B.F. tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. Sin embargo, ello resulta contraevidente según los hechos antes reseñados y las pruebas testimoniales aportadas. Todo lo anterior conduce a la Sala a descartar la violación del derecho del actor a la igualdad. Resulta evidente que el I.C.B.F. tuvo razones objetivas suficientes para decretar las medidas de protección que consideró necesarias en favor de la menor xx, y que su actuación no fue arbitraria ni se debió a prejuicio de sus funcionarios respecto de la sexualidad del actor.

Ref.: Expediente No. T- 63127.

Descripción:

Acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por quitarle al actor, “debido a su homosexualidad”, la custodia de una niña abandonada a quien cuida desde hace cinco años.

Tema:

- La homosexualidad del actor no fue el factor determinante de la decisión del I.C.B.F. y, por lo tanto, no se le violó el derecho a la igualdad.
- Los recursos de la vía gubernativa no impiden el ejercicio de la acción de tutela.

Actor: José Gerardo Córdoba

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Santafé de Bogotá, D.C., julio cinco (5) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, integrada por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente, pronuncia,

**EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCION**

la siguiente sentencia en el proceso de tutela número T-63127, interpuesto por José Gerardo

Córdoba contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con base en las razones que se exponen a continuación.

## ANTECEDENTES

El ciudadano José Gerardo Córdoba solicita, a través de la acción de tutela, la protección de su derecho fundamental a la igualdad y del derecho de la menor XX a tener una familia, consagrados en los artículos 13 y 44 de la Carta Política, los cuales considera vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a raíz de los siguientes

### 1. HECHOS.

En agosto de 1989 el señor Gerardo Córdoba vivía en un inquilinato en donde desempeñaba el cargo de administrador. Allí se hospedaron, durante cuatro noches, un hombre y una mujer que tenían una bebé de menos de un mes de edad. Ellos le pidieron al señor Córdoba el favor de que cuidara por unos días a la niña, pero nunca volvieron para reclamarla y, por el contrario, le manifestaron que podía quedarse con ella pues no querían ni podían criara.

Desde entonces el actor se ocupó del cuidado de la menor con los escasos recursos económicos de que disponía, y teniéndola como su propia hija, hasta que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar consideró inconveniente que él la criara, la declaró en situación de peligro -por las razones que se expondrán más adelante-, y posteriormente la ubicó en un hogar sustituto que cuidará de ella hasta que sea dada en adopción.

Del estudio detallado de los diversos testimonios que obran en el expediente surgen aspectos más precisos de lo acontecido, los cuales conviene resumir brevemente:

- En 1991, luego de dos años de cuidar a la menor, el señor Córdoba la inscribió en el registro civil con el nombre de xx y se acercó a las dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar familiar a solicitar su adopción. Como consecuencia de esta solicitud se abrió en el Instituto una investigación respecto de la menor y del solicitante, y poco tiempo después se efectuó una visita a la residencia de éstos, con el fin de determinar sus condiciones de vida y la conveniencia de una eventual adopción. Se hizo entonces manifiesto que el medio en el cual vivía la menor era inadecuado para su normal desarrollo y se le recomendó al señor Córdoba buscar un lugar más apropiado para vivir.

En efecto, el señor Córdoba, quien se declaró a sí mismo homosexual (característica confirmada por peritos siquiatras a folio 195), vivía con su anciana madre y con la niña en una pequeñísima habitación en la que sólo cabía una cama, y en donde cocinaban sus alimentos con una estufa de petróleo, expuestos al peligro de incendios y a la continua emisión de vapores insalubres. El estado higiénico, tanto de la alcoba como del resto de la “residencia”, era lamentable. Además, la vivienda se encontraba en una zona de tolerancia de la ciudad, caracterizada por la delincuencia y la prostitución de hombres y mujeres, tanto heterosexuales como homosexuales.

El actor, siguiendo la recomendación que le hizo la trabajadora social, cambió de casa inmediatamente, pero, como no avisó al I.C.B.F. su nueva dirección, esta entidad no logró hacer un seguimiento de la investigación y la archivó.

- En abril de 1994, con ocasión de un programa de prevención de la prostitución de menores, la Procuradora 20 Delegada para la Defensa del Menor y la Familia efectuó un operativo de búsqueda en la zona de tolerancia de la ciudad y allí se detectó el caso de la menor xx quien, junto con José Gerardo Córdoba y la madre de éste, se encontraba viviendo en un inquilinato llamado Residencias Costa Azul “en condiciones deprimentes”, según palabras de la Procuradora (folio 63). Se solicitó en forma urgente la intervención del I.C.B.F, razón por la cual esta entidad ordenó reabrir la investigación sobre xx. En la residencia se encontraron varios casos de menores que vivían con sus madres prostitutas y con respecto a ellos también se adoptaron medidas de protección.

- El I.C.B.F., representado por una trabajadora social y una Defensora de Familia, efectuó la visita correspondiente al señor Córdoba, quien les manifestó que por temor a que le quitaran a su niña y por sugerencia de la misma Procuradora, acababa de enviarla a vivir con la hermana de él, quien tenía un hogar bien constituido y le ayudaría a cuidarla. Se trasladaron estas autoridades a la casa de la hermana del actor y encontraron que, ciertamente, ese era un lugar mucho más adecuado para la crianza de la menor, pues el medio en el que vivía José Gerardo Córdoba no le garantizaba a xx las bases mínimas para un sano desarrollo y, por el contrario, la colocaba en “situación irregular” de conformidad con el art. 30 del Código del Menor.

La Defensoría también presentó denuncia del posible delito de falsedad documental y solicitó

la cancelación del registro civil de la menor, ya que los datos consignados en el registro eran falsos: el actor había inscrito a xx con el apellido suyo (Córdoba) y el de su compañero Fidel Martínez.

- Como parte del seguimiento que normalmente se hace al medio familiar en que se desarrolla el menor asignado a un hogar amigo, el I.C.B.F. realizó una visita domiciliaria a la casa de la hermana del actor, y ésta manifestó que no quería continuar haciéndose cargo de la niña, razón por la cual, ese mismo día, se profirió resolución que ordenó cambiar la medida de colocación familiar y ubicarla en el Hogar de Paso “Casa de Belén”. Esta resolución fue comunicada personalmente al actor quien, desconcertado por tal decisión, se negó a firmar la constancia de notificación.
- Finalmente, la menor fue trasladada de Pasto a Ipiales y allí se le ubicó en un “hogar sustituto normal” que consiste en una familia que cuida a la menor mediante contrato con el I.C.B.F., mientras se decide sobre su eventual adopción. En este lugar xx, según informes obrantes en el expediente (folio 329), se ha adaptado bien -no obstante extrañar a su “papá Gerardo”- y ha empezado a tener contacto por vez primera con niños de su edad. El Instituto de Bienestar familiar está próximo a proferir declaración de abandono de la menor para luego poderla entregar en adopción como medida definitiva de protección.

## 2. LA PETICIÓN.

El señor José Gerardo Córdoba expresa que durante cinco años, a pesar de su pobreza, le ha dado todo lo necesario a la niña y la ha querido como si fuera su propia hija, razón por la cual le causa un gran sufrimiento la decisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de quitársela y buscarle otros padres adoptivos. Sostiene que la única razón en la que se basó el Instituto es su homosexualidad, a pesar de que esta característica no lo inhabilita para ser un buen padre.

Por todo lo anterior considera violado su derecho a la igualdad y el derecho de la niña a permanecer en su familia, y solicita que se ordene a la autoridad competente devolvérsela y legalizar su situación.

## 3. FALLO DE INSTANCIA

Conoció de la acción de tutela el Juez Promiscuo de Familia de Pasto, Nariño, quien la negó por considerar que existían otros mecanismos judiciales de defensa al alcance del actor y que no se evidenciaba vulneración de los derechos fundamentales alegados por éste.

Tanto el Código Contencioso Administrativo como el Código del Menor consagran, en favor del interesado en adquirir o recuperar la patria potestad de un niño, mecanismos administrativos y judiciales tendentes a hacer valer sus derechos. A ninguno de ellos acudió el actor para impugnar las resoluciones que decretaron medidas de protección de la menor xx.

Por otra parte, las particulares características del grupo familiar y del medio en el que xx se desarrollaría, de continuar al lado del actor, hacían urgente la adopción de medidas de protección por parte de la entidad demandada, la cual no hizo más que cumplir con su obligación legal de proteger a los menores que se encuentren en situación irregular.

El juez de instancia negó entonces la tutela, pero le ordenó al I.C.B.F. observar rigurosamente en adelante los procedimientos, términos y formalidades debidos en sus actuaciones, pues se detectaron irregularidades tales como la mora en ejecutar las actuaciones que eran de su competencia para proteger eficazmente a la menor, y el archivo injustificado de la investigación pese a que existía información suficiente sobre la localización de la niña y sobre sus precarias condiciones de vida. Por otra parte, se encontraron deficiencias en la notificación al actor de la resolución por la cual se terminó la colocación de xx en casa de la hermana de aquél. Concretamente, el I.C.B.F. dejó constancia de que el señor Córdoba renunciaba a los términos para interponer recursos, lo cual resulta inverosímil si se piensa que él ni siquiera aceptó darse por notificado. Tampoco se notificó debidamente la resolución por la cual se ordenó el traslado de la menor a Ipiales.

Pese a lo anterior, en aras de proteger los derechos de la menor xx, y dado que el actor en ningún momento interpuso los recursos de que disponía (pues su renuncia no le resultaría oponible), la actuación surtida hasta ahora debe mantenerse hasta que culmine con la adopción de una medida de protección definitiva.

Por último, se ordena compulsar copias “a la autoridad competente” para investigar las eventuales faltas disciplinarias en que hubiesen podido incurrir los funcionarios del Instituto de Bienestar Familiar.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la revisión de la sentencia proferida por el Juez Promiscuo de Familia de Pasto. El presente examen se hace conforme al reglamento interno de la Corporación, y a la selección que del proceso hizo la Sala Tercera de Selección.

### 2. Otros medios de defensa.

La acción de tutela puesta a consideración de esta Sala resulta improcedente con base en la causal primera del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, debido a que José Gerardo Córdoba contó en su momento con las acciones que el Código Contencioso Administrativo contempla para la impugnación de los actos administrativos, tales como las resoluciones mediante las cuales el I.C.B.F. estableció las sucesivas medidas de protección a favor de la menor xx. Además, el artículo 56 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) dice expresamente:

“Artículo 56: El control jurisdiccional de las decisiones que tome el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetará a las normas del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección preceptuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, estarán sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, conforme a lo establecido en el artículo 64 de este Código”.

En desarrollo de la norma citada el actor aún puede, antes de que quede en firme la declaración de abandono o de adopción, solicitar al Juez de Familia competente, “la terminación de los efectos de las declaraciones hechas por el Defensor de Familia y la finalización de las medidas de protección adoptadas” (art. 64 del Código del Menor),

demonstrando para ello que se han superado las circunstancias que dieron lugar a dichas medidas. Dada la eficacia de este trámite para la protección de los derechos de quien solicita el cuidado del menor, el cual se surte mediante procedimiento verbal sumario, mal podría ser reemplazado por la acción de tutela, en contravía de lo preceptuado por el artículo 6 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991.

Adicionalmente, si el actor considera violado el debido proceso, podrá ejercer oposición contra el acto de declaración de abandono o contra la resolución de adopción que en el futuro se profieran, evento en el cual se hace obligatoria la homologación por parte del Juez de Familia, de las decisiones adoptadas por el Defensor de Familia en representación del I.C.B.F. (arts. 61 y 63).

Es importante dejar claro que el interés que tiene el actor en recuperar a la menor xx no amerita la concesión de la tutela como mecanismo transitorio, pues esta medida sólo es procedente cuando se trata de evitar un perjuicio irreparable, el cual no se evidencia en este caso. No desconoce la Corte el amor y los cuidados que José Gerardo Córdoba desinteresadamente le brindó a la niña durante estos años, pero por encima del dolor moral que infortunadamente le causa su ausencia, está el derecho prevalente de la menor a gozar de un ambiente en el cual pueda crecer sanamente. Corresponde al I.C.B.F. velar porque este objetivo se cumpla y, en el caso en estudio, dicha entidad juzgó necesario adoptar las medidas de protección ya reseñadas, con base en razones que esta Sala comparte y que se expondrán más adelante.

### 3. Derecho del menor a tener una familia.

Sostiene el actor que, con las medidas adoptadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se está violando el derecho de la menor xx a tener una familia y a no ser separada de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política. El demandante considera que el núcleo familiar conformado por él, por su madre y por la niña xx, ha sido destruido por acción del I.C.B.F.

Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos

naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia -como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone en favor de los derechos de los niños (art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989).

Es por esta razón que, en el caso que nos ocupa, la menor xx fue alejada del señor José Gerardo Córdoba. La entidad oficial legalmente encargada de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños encontró a la menor en una situación irregular tal, que ameritaba su intervención, mediante los mecanismos que la ley dispone para ello.

En efecto, xx había sido abandonada por sus padres y se encontraba viviendo en un medio que hacía peligrar su seguridad y el adecuado desarrollo al que tiene derecho. Esta situación, contemplada en los numerales 1 y 5 del artículo 30 del Código del Menor, obligaba al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a brindarle la protección debida (Cap. II del C.M.).

Fue así como se establecieron sucesivas medidas provisionales de protección (colocación en hogar amigo, en un hogar de paso y, por último, en un hogar sustituto), como parte del proceso mediante el cual se busca precisamente garantizarle a la menor su adopción definitiva por parte de una familia que le brinde los cuidados y garantías a los que todo menor debe tener acceso.

#### 4. Derecho del actor a la igualdad.

José Gerardo Córdoba asegura que fue su homosexualidad el único factor que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tuvo en cuenta para declarar a la niña en estado de peligro y asignar su custodia a terceros. Sin embargo, ello resulta contraevidente según los hechos antes reseñados y las pruebas testimoniales aportadas, de los cuales se deducen datos como los siguientes:

- El lugar de residencia habitual del actor, que sería el medio social en el que crecería la menor viviendo a su lado, se circunscribe a la zona de tolerancia de la ciudad de Pasto. La Comandante de la Policía de Menores, Teniente Yolanda Arteaga Arévalo, declaró que “esta zona donde residía la menor es una de las zonas rojas del Municipio y, tal vez, una de las más graves ya que allí se presentan toda clase de delitos; ...”. Respecto de la residencia donde inicialmente fue encontrada la menor, sostuvo que “...esta residencia había sido sellada, sin embargo estaba funcionando, al parecer la sellaron por el mal estado en que se encontraba porque eran unas condiciones infráhumanas para que viviera cualquier persona”.
- La vivienda de la menor consistía en un cuarto de tamaño mínimo, desaseado y oscuro, donde convivían hacinados el actor, su madre y la menor. En el mismo cocinaban con una estufa de petróleo.
- Existen serios motivos para creer que el amigo o compañero del actor se embriaga con frecuencia. Esto constituye un mal ejemplo para la menor, por parte de una persona que, por tener una relación estable con el actor desde hace muchos años y por contribuir en la crianza y manutención de xx, también hacía parte de su ambiente familiar.
- La Defensora de Familia que actualmente tiene el caso a su cargo expresa que últimamente “se han realizado seguimientos socio-familiares a la residencia y lugar de trabajo de José Gerardo Córdoba y Fidel Martínez (amigo del primero), en donde (sic) sus condiciones de vida económica y morales ... no son las mejores para que la menor xx desarrolle sus potencialidades al lado de estos dos señores”.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, obrando en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE :

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Promiscuo de Familia de Pasto, mediante la cual resolvió negar la tutela impetrada por el ciudadano José Gererado Córdoba contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

SEGUNDO: ORDENAR que en cualquier publicación, divulgación o estudio que se haga de esta sentencia se omita el nombre de la menor involucrada.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión al juez de primera instancia para los efectos del artículo 36 de Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado ponente

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia No. T-290/95

ADOPCION DE MENOR POR HOMOSEXUAL/COMPORTAMIENTO ETICO (Aclaración de voto)

Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución. Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela. No obstante, aunque por razones diferentes, los Magistrados fueron partidarios de excluir las frases que arriba se transcriben entre comillas. El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.

REF. Expediente T-63127

En el párrafo penúltimo del proyecto de fallo, se decía lo siguiente: “Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”.

Se pretendía así dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte al confirmar la sentencia que denegó la tutela. No obstante, aunque por razones diferentes, los Magistrados Hernández y Herrera fueron partidarios de excluir las frases que arriba se transcriben entre comillas.

El suscrito juzga necesario explicitar, con toda nitidez, que esas palabras condensan de modo inequívoco su pensamiento sobre el asunto. La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales.

En el caso referido, el actor interpuso tutela contra la resolución de Bienestar Familiar, justamente porque se sintió discriminado en razón de su homosexualismo. Pienso que era un deber de la Sala no solo exponer las razones de otro orden, justificativas de la decisión, sino sentar, sin la más mínima vacilación, que el comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquél, y no éstas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado