

T-319-19

Sentencia T-319/19

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Defensora de familia en representación de menor

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

ADOPCION-Efectos jurídicos

La adopción se inscribe en un régimen de protección más amplio, regulado en el Código de Infancia y Adolescencia o Ley 1098 de 2006. En principio y, en virtud de la responsabilidad parental, los padres y la familia en general asumen una serie de obligaciones en relación con los niños, niñas y adolescentes, tales como protegerles contra cualquier acto que amenace su vida, dignidad e integridad personal; inscribirlos en el registro civil de nacimiento; proporcionarles “las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene” e incluirlos en el sistema de seguridad social en salud, así como promover el acceso al sistema educativo, entre otros

ADOPCION-Naturaleza jurídica

HOMOLOGACION DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Contenido

DERECHO A LA PRESERVACION DE LA UNIDAD FAMILIAR-Reiteración de jurisprudencia

SUSPENSION O TERMINACION DE PATRIA POTESTAD-No libera ni exonera a los padres de los deberes paterno filiales

APLICACION DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Criterios a tener en cuenta

La definición misma del precedente judicial, se contempla que la sujeción a un caso o un conjunto de casos anteriores supone la pertinencia y semejanza de tales respecto al nuevo

problema jurídico estudiado. En este marco, se inscribe la disanalogía fáctica que supone establecer las similitudes o diferencias que sean jurídicamente relevantes para determinar si, realmente, la decisión anterior constituye un precedente aplicable o si, por el contrario, en la labor interpretativa del juez se puede concluir que el caso no es análogo y, por tanto, no tiene la fuerza de tal. De acuerdo con lo anterior, la distinción fáctica no supone una separación del precedente sino, en otra dirección, la negación de que una decisión anterior lo sea para el caso que se estudia. Por tanto, el precedente implica la existencia de casos análogos, siempre que la ratio decidendi o la regla que formuló el juez para resolver el problema jurídico planteado sea aplicable, para lo cual se debe verificar que exista un nexo o similitud entre los hechos de uno y otro caso, e identidad en el problema jurídico formulado.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Indebida aplicación al ordenar visitas de padres biológicos, a menores declaradas en estado de adoptabilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución por indebida aplicación del principio del interés superior del menor, en proceso de homologación de la declaratoria de adoptabilidad

Referencia: Expediente T-7.076.722

Acción de tutela instaurada por Ángela Anyelid Galindo Gutiérrez, Defensora de Familia del Centro Zonal de Soacha (ICBF), en representación de Juliana y Sofía contra el Juzgado de Familia de Soacha.

Magistrado Sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que concedió el amparo solicitado, el treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018), que, a su vez, fue confirmado en sentencia del dos (2) de octubre del mismo año por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

Aclaración preliminar: reserva de identidad de las niñas y de su familia

1. La Corte, como así lo ha efectuado en diferentes sentencias que protegen los derechos de los menores de edad[1], mantendrá en reserva la identidad de las menores de edad involucradas, así como la de sus padres biológicos. Esto encuentra sustento en que las niñas tienen derecho a que su vida privada y familiar no sea divulgada y a que se adopten todas las medidas necesarias para proteger su interés superior. Con mayor razón si, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1098 de 2006, son reservados -durante 20 años- los documentos y todas las actuaciones administrativas y judiciales propias del proceso de adopción.

2. En efecto, esta Sala de Revisión tomará la decisión que corresponda, dentro del presente proceso, en dos ejemplares de la sentencia: (i) en uno de ellos, se omitirán los nombres y los demás datos de las niñas y de su familia, así como los datos relacionados con su información personal y el juzgador que tramitó el proceso de adopción; y en el otro, (ii) se señalará la identidad de las niñas y de su núcleo familiar biológico. Esta última versión, sólo estará destinada a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que las autoridades responsables de dar cumplimiento a las órdenes impartidas dentro del fallo, en caso de existir, ejecuten las decisiones allí proferidas. En todo caso, sobre este expediente recae estricta reserva, la cual sólo podrá ser levantada en favor de las partes y de las autoridades citadas.

3. Ángela Anyelid Galindo Gutiérrez, Defensora de Familia del Centro Zonal de Soacha (ICBF), en representación de Juliana y Sofía interpuso acción de tutela contra la sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado de Familia

de Soacha, en donde se homologó la Resolución que las declaró en estado de adoptabilidad y requirió lo siguiente:

“(…) a los defensores de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal de Soacha (Cundinamarca), a la madre sustituta de los menores JULIANA y SOFÍA, para que propicien y hagan programas de visita a los que tienen derecho sus padres RAÚL y MARTHA, por lo anteriormente expuesto, es decir (que) aún no se ha roto el vínculo de consanguineidad de parentesco entre los menores y sus padres, en consecuencia tienen derecho los menores a que sean visitadas por sus progenitores de manera permanente y no casualmente como vino ocurriendo con anterioridad, para que se les garantice este derecho fundamental a unos y otros”[3].

Como fundamento de su solicitud expuso que la providencia cuestionada trasgredió los derechos de las menores de edad a la vida, a la calidad de vida y a un ambiente sano (art. 17 de la Ley 1098 de 2006[4]); la protección contra el abandono físico, emocional y psicoafectivo (art. 20 de la Ley 1098 de 2006[5]) y al debido proceso (artículo 29 de la Constitución y 26 de la Ley 1098 de 2006[6]). En particular, indicó que la decisión judicial había incurrido en la causal específica de procedencia de la acción de tutela, al carecer de motivación y desconocer que, de acuerdo al artículo 123 del Código de Infancia y Adolescencia, la decisión de homologación produce respecto a los padres la terminación de la patria potestad, así como también –en el caso concreto- podría desconocer el interés superior de las niñas declaradas en situación de adoptabilidad y los derechos enunciados en el artículo 44 de la Constitución. En consecuencia, solicitó dejar sin efecto la orden de propiciar las visitas de los padres y vincular al Ministerio Público a la actuación correspondiente.

B. HECHOS RELEVANTES

4. El 7 de abril de 2017, se reportó y requirió la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- por el maltrato y negligencia que, presuntamente, habían sufrido dos niñas de cinco (5) y dos (2) años, quienes se encontraban a cargo de sus padres. En tal reporte se indicaba que (i) residían en una vivienda con difíciles condiciones, pues no contaban con los servicios básicos como agua, luz, gas y, en consecuencia, no se encontraban en óptimas condiciones de higiene; (ii) sufrían de desnutrición y estaban

desescolarizadas; así como (iii) no se satisfacían los niveles mínimos de seguridad, los cuales son requeridos por personas de esas edades, ante la existencia de vidrios rotos y riesgo de accidente. Además, se indica que “(...) las niñas piden agua a los vecinos y se escuchan pedir gritos de ayuda, (aunque) no se conoce motivo en específico, se presume que es por la negligencia presentada”[7].

5. El 12 de abril de 2017, según se precisa en el numeral segundo de la acción de tutela, la psicóloga del área documentó las siguientes actuaciones, después de desplazarse al lugar de los hechos denunciados y verificar las condiciones habitacionales y familiares de las niñas. Pese a que no pudo ingresar a la vivienda, una vecina del lugar confirmó los hechos relatados en la denuncia, aclarando, de una parte, que una de las menores de edad se llama Juliana -de seis años aproximadamente- y Sofía -de dos años- y, de otra, que no reciben comida de sus padres y viven con su madre y un señor de 67 a 70 años, aproximadamente.

En específico, la vecina indica que “(...) en una oportunidad escuchó a la niña Juliana pedir gritos de auxilio, y decía “me duele, me duele, ya no más, no más por favor” y que en ese momento la niña se encontraba con el señor a solas, que fue a pedir ayuda al vigilante y el señor vigilante se acercó y le tocó a la vivienda, en donde el señor abrió y dijo que era que Juliana lloraba porque se había ido la progenitora, sin embargo les dio miedo llamar a la policía de infancia, por las represalias que puede tomar el señor. La vecina refiere que al parecer la niña de dos años tiene hongos en las uñas de las manos y que se encuentra muy, pero muy preocupada por la situación de vulnerabilidad de las niñas”[8].

Con fundamento en lo expuesto, la psicóloga concluyó que existían graves riesgos para la integridad de las niñas, quienes se encontraban expuestas a un presunto maltrato físico, abuso, así como a la ausencia de condiciones básicas para su desarrollo. De igual manera, las menores de edad carecían de afiliaciones, controles en salud y no asistían al colegio. Afirmó que podía existir una afectación a los derechos a la integridad personal (artículo 18 de la Ley 1098 de 2006[9]), a los derechos de protección (artículo 20 de la Ley 1098 de 2006[10]), a los alimentos (artículo 24 de la Ley 1098 de 2006[11]) y a la salud (artículo 27 de la Ley 1098 de 2006[12]).

6. El 18 de abril de 2017, de acuerdo a lo indicado en el numeral cuarto de la acción de

tutela y después de haber procedido a rescatar a Juliana y Sofía, se realizaron diferentes valoraciones psicosociales. Sobre la menor de edad, Juliana -de seis años- se documentó una entrevista semi-estructurada, en la que precisó que no cuenta con hábitos de higiene pues no tiene cepillo de dientes y duerme entre la basura. Frente a ello, se indicó que su progenitora -de 30 años- la llama “mentirosa” y la ha golpeado en varias ocasiones[13]. Se documentó que “(...) la presentación de la menor es inadecuada, su cabello está cundido de piojos, se rasca constantemente presentando laceraciones en su cuero cabelludo, se evidencia en su piel dermatitis y refiere dolerle su vagina, a la edad de 6 años, aún usa pañal, presentando así pañalitis en sus zonas íntimas”[14]. Además, se detalló que la niña en ese momento presentaba un retraso en el desarrollo, dado que nunca había sido vinculada escolarmente, pues su madre afirmó que no cuenta con el tiempo para conseguirle un cupo.

A raíz de lo anterior, como hallazgos, la psicóloga del Centro Zonal de Soacha sostuvo que la niña contaba con una afectación emocional, era temerosa, manejaba un diálogo coherente, pero no quería volver a vivir con su progenitora, no identificaba a nadie como cuidador y permaneció la mayor parte del tiempo encerrada entre la basura que se acumulaba en su hogar. Vivía con su madre, Martha -de 30 años-, quien estableció una relación con el señor Raúl -de 59 años-, que trabajaba como conductor de taxis en la noche y asumió el sostenimiento económico del hogar. En consecuencia, sugirió su ubicación en un hogar sustituto con el fin de iniciar proceso administrativo de restablecimiento de los derechos en su favor[15].

7. En similar sentido, el 26 de abril de 2017, frente a Sofía -quien para la época contaba con 2 años y 9 meses- se realizó una valoración en donde se concluyó que su estado nutricional y sus condiciones de higiene eran inadecuadas. La madre indicó que nunca había sido llevada a control médico, no cuentan con el carné de vacunación y en la exploración física se encontró lo siguiente:

“La menor presenta dermatitis generalizadas, malas condiciones de aseo personal, pediculosis severa, pañalitis de largo tiempo de evolución. Presenta uñas quebradizas, la madre refiere que le están dando amoxicilina, (la cual fue) recomendada por un familiar que no es médico para tratar la “infección” en las uñas. No se evidencia baño frecuente, corte de uñas, cepillado de dientes y aseo en general”[16].

Además, concluyó el informe que la información suministrada por la madre no es coherente con el estado en el que se encontraba la niña y que existía un retraso moderado en la talla, de acuerdo a los patrones de crecimiento exigidos por la Organización Mundial de la Salud -OMS-[17].

8. El 2 de junio de 2017, de acuerdo a lo informado por la Defensora de Familia, a su Despacho compareció Juliana para rendir una entrevista. En ella la niña afirmó que ella entendía que estaba en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- por las condiciones en las que vivía con su mamá, papá y con su hermana, Sofía. Asimismo, precisó que se encontraba rodeada de moscas, estaba muy sucia y vivían con mucha basura alrededor. Su madre no les daba de comer, pero la vecina sí y, mientras su papá salía a trabajar en su taxi, su mamá permanecía en la vivienda y solo veía televisión. Por ello, a Juliana no le gustaba vivir en esa casa, ni extraña a sus papás y mucho menos quiere vivir con ellos:

“YO NO QUIERO A MIS PAPÁS, NO QUIERO VIVIR CON ELLOS, yo quiero estar acá, porque acá me quieren, me bañan, me dan comida, salimos a comer helado, vamos a fiestas, me dan comida, en las fiestas me dan pastel. No los quiero volver a ver, quiero estar con mi tía (madre sustituta), no quiero estar con ellos porque ellos no me dan comida, no me bañan, ni me llevan al parque, con ellos estaba llena de piojos y mi hermana Sofía también. (¿) CUÁNTAS VECES FUISTE AL MÉDICO (?) CONTESTÓ JULIANA: No, mis papás nunca me llevaron al médico ¿El día en que vinimos acá recuerdas? Llegamos todas sucias, empijamadas y llenas de piojos, mi tía sí nos ha llevado al médico, ahora sí estoy bonita (...)”.

9. Como actuaciones para dar seguimiento al caso, el 20 de junio de 2017, en un informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, referido por la Defensora de Familia se reportó lo siguiente:

“Se presentan progenitores de las nna (sic) Juliana y Sofía con el fin de iniciar orientación desde el área de psicología y estrategias que permitan realizar restablecimiento de los derechos de las mismas, al realizar una breve descripción de la situación emocional de las nna (sic) dentro de la medida de protección, la señora Martha se muestra inconforme, se muestra alterada lo cual no permite realizar un nivel reflexivo de la problemática, razón por

la cual se solicita que se retire de la oficina ya que no muestra disponibilidad para recibir la orientación y tampoco muestra receptividad frente a las orientaciones brindadas en el área de psicología"[18].

Se informó que, desde ese momento, los progenitores de ambas niñas no se volvieron a presentar ante el área de psicología durante un lapso de diez (10) meses[19]. El 30 de abril de 2018, se retomó el seguimiento por esta especialidad a los padres, pero sólo se presentó el señor Raúl, ante supuestos problemas de salud de la señora Martha. En tal sesión, se indicó que ellos no han podido acudir a control por psicología ante la ausencia de citas y dificultades administrativas. Asimismo, aclaró el padre que "(...) a la fecha tienen visitas y comparten tiempo con su otra hija *****, quien está bajo la custodia de la abuela materna"[20]. Él -con algunas interrupciones por problemas de salud- continúa trabajando como taxista, la señora Martha en un restaurante en Fontibón y, ante algunas dificultades económicas, ha recibido el sustento económico de su otra hija **** y de su hermano ****. Cuando es interrogado sobre las inasistencias anteriores, el señor Raúl precisó que ellas se sustentan en que han estado buscando a familiares para que les ayuden en el proceso, dado que sus hermanos e hijos se niegan a ser una red de apoyo.

Ante lo anterior, concluyó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y, en particular, la psicóloga del equipo de la Defensoría de Protección del Centro Zonal Soacha, basada en la Ley de Infancia y Adolescencia (1098 de 2006), que Juliana y Sofía debían ser declaradas en situación de adoptabilidad, pues en la actualidad su familia no cuenta con adherencia al proceso, mostrando desinterés en la garantía de sus derechos y, por el contrario, pueden afectar su desarrollo físico y emocional[21]. En esta dirección, los padres de las niñas tampoco cumplieron los compromisos adquiridos frente al restablecimiento de los derechos de las niñas.

10. El 30 de mayo de 2018, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- presentó "Informe Social Para Cambio de Medida Declaratoria de Adoptabilidad"[22]. Se especificó que el mismo fue requerido por la Defensoría de Familia de Protección del Centro Zonal de Soacha y que su finalidad fue conceptuar sobre si existe la necesidad de efectuar un cambio de medidas en favor de las niñas. Como antecedentes se referenció la composición familiar y se precisó que tal núcleo está constituido por una "[f]amilia recompuesta conformada por el señor Raúl de 59 años de edad, quien inició su primera relación con la señora ***** de 55

años de edad, convivió con ella aproximadamente 7 años, casados por la iglesia, se dio una ruptura hace 30 años, por la situación económica precaria y falencias en la comunicación, de esta relación descienden sus dos hijos ***** de 33 años, ***** de 25 años de edad, la segunda relación la establece con la señora Martha de 30 años, quien tiene 7 años de convivencia, unión libre, de esta relación nacen sus hijos JULIANA, 6 años, SOFÍA de 2 años”[23]. En relación con la dinámica familiar se indicó que ella “(...) es nula, con vínculos afectivos y lazos fraternales desligados, no existen relaciones familiares cercanas ni de apoyo que pudieran generar estabilidad emocional y familiar en Juliana y Sofía”[24]. Se agregó que las niñas carecían de relaciones familiares extensas, sus progenitores no las visitan y se niegan a recibir a los funcionarios en su vivienda.

En una posterior diligencia, se precisó que los padres de las niñas asistieron de manera puntual y que la señora Martha manifestó que “el día que se fue a la visita social no estaba porque se había ido a visitar a su hija ***** de 2 años, quien está bajo el cuidado de la abuela materna, por esta razón no recibieron la visita”[25]. No obstante, en el informe se advirtió que se efectuaron cinco (5) desplazamientos concertados al lugar, las cuales nunca pudieron llevarse a cabo, ante una serie de excusas brindadas por los progenitores. Para dicho momento, Juliana y Sofía ya se encontraban bajo protección en la modalidad de hogar sustituto, pero se sugirió a la Defensora de Familia el cambio a la medida de declaratoria de adoptabilidad.

11. El 31 de mayo de 2018, constituidos en audiencia ante la necesidad de definir la situación jurídica de las niñas, a la que fueron convocados el Personero Delegado de Soacha –como representante de la Procuraduría- y el señor Raúl y la señora Martha

–en calidad de padres de las niñas Juliana y Sofía-, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- decidió declararlas en situación de adoptabilidad y privar a los progenitores de la patria potestad. Asimismo, dispuso que Juliana y Sofía debían continuar en el hogar sustituto y que, como medida definitiva de restablecimiento de derechos, había lugar a decretar la adopción y la necesidad de vincularlos al programa adelantado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-[26].

12. En tal audiencia, el Personero Delegado se negó a interponer recurso de reposición al considerar que acataba lo decidido por la Defensoría de Familia. Estimó que ello era acorde

con los informes suministrados y con la necesidad de materializar el interés superior de las menores de edad. Sin embargo, ambos padres repusieron la decisión.

12.1. Martha manifestó lo siguiente:

“Nosotros la embarramos muy feo más que todo yo, yo la verdad no me quiero quedar, para mí esto es muy duro, porque yo de un tiempo para acá he estado muy enferma, yo le he pedido perdón a Dios, porque yo sé que la embarré y quisiera de todas maneras pedirle perdón a la niña por todo lo que pasó, la verdad quisiera otra vez tenerlas conmigo pero yo sé nunca se va a poder, para mí eso es muy difícil, porque yo soy mamá, y les pido perdón porque yo fui muy grosera con ustedes y la verdad no sé qué me pasó y la verdad yo quisiera una segunda oportunidad con mis hijas, yo hago todo lo que ustedes quieran y son tres mis hijas y yo perdí un bebé, mis tres hijas son lo mejor, lo único que yo tengo en mi vida son a mis tres hijas, yo no tengo a nadie más, sí interpongo el recurso, porque yo quiero una segunda oportunidad”[27].

12.2. Raúl indicó lo siguiente:

“Yo no manifiesto nada, bueno yo me hago de esto porque caí en desgracia, porque me enfermé en un mal momento y fue un momento malo de mi vida y las niñas, yo fui vulnerado por la vida misma, de hecho, mi familia también lo fue. La culpa fue mía, no estoy de acuerdo porque merezco una segunda oportunidad y mi familia, porque hemos estado en las buenas y ellas merecen una segunda oportunidad, yo reconozco todo el error que cometí, pero yo los voy a subsanar y los estoy subsanando, yo ya les he conseguido colegio a la niñas, ropita para ellas ya se las he comprado, muchas familias hemos caído en desgracia y así como tenemos caídas también tenemos paradas. No más, interpongo el recurso”[28].

12.3. No obstante, en tal audiencia se resolvió de forma desfavorable el recurso de reposición y, en consecuencia, se ratificó la decisión tomada mediante la Resolución 290 del 31 de mayo de 2018, por medio de la cual se declaró en estado de adoptabilidad a Juliana y Sofía.

13. El 17 de agosto de 2018, ante la oposición de los progenitores, el Juzgado de Familia de Soacha –constituido en audiencia- homologó la declaratoria de adoptabilidad, no obstante,

lo cual ordenó propiciar y efectuar un programa de visitas a las que -indicó- tienen derecho sus padres hasta el día en el cual sean adoptadas porque aún no se ha roto el vínculo de consanguinidad. Asimismo, precisó que hasta tanto ello no se dé, las visitas deben efectuarse de forma permanente. Los fundamentos de la decisión pueden resumirse del siguiente modo.

13.1. Hizo referencia a la denuncia por maltrato en contra de los progenitores, la diligencia de rescate realizada por la Policía de Infancia y Adolescencia, así como la verificación de su estado psicosocial y las valoraciones integrales que reposan en el expediente. Asimismo, también mencionó que, el 15 de mayo de 2018, se llevó a cabo audiencia de pruebas y de fallo en el proceso de restablecimiento de derechos de las dos menores de edad, que culminó en la declaratoria en situación de adoptabilidad. En tal oportunidad, los padres se opusieron a ello, pero se confirmó dicha decisión y, en consecuencia, se concedió el recurso de homologación del fallo.

13.2. Reseñó los alegatos de conclusión, referenciados en los apartes 8.1 y 8.2 de esta providencia y el argumento del desinterés absoluto de los padres, el cual fue el fundamento especial para confirmar la decisión y remitirlo a este proceso. Como pruebas declaradas de oficio se tuvieron en consideración las declaraciones de los padres, en donde se comprometieron a dar todo por las niñas y aseguraron merecer una segunda oportunidad. Mediante auto del 30 de julio de 2018, se dispuso escuchar a las niñas Juliana y Sofía, quienes estuvieron acompañadas de la madre sustituta en diligencia del 3 de agosto del mismo año.

13.3. Como conclusiones se advirtió que “(...) en la actualidad, las niñas tienen garantizados sus derechos fundamentales por parte de la madre sustituta, encargada de su cuidado, se están adelantado las acciones necesarias para que las niñas superen las falencias y carencias que les afectaron durante el tiempo que compartieron con sus padres, que no tienen ningún tipo de vínculo o arraigo con la familia, que no guardan ningún recuerdo positivo de sus vidas con sus progenitores y que al exponer la posibilidad de volver con sus padres y, se niegan y responden que no quieren volver a ese lugar. Finalmente, las niñas responden que no tienen apego y arraigo a sus padres y que, por el contrario, la relación es demasiado lejana. A tal punto, que las niñas no saben cómo se llaman sus padres”[29].

13.4. Igualmente, se indicó que también se decretó una visita al hogar de los padres, la cual fue realizada y en la que no fue posible verificar las condiciones habitacionales del grupo familiar, pero en la que se encontró que sí existían indicios que permitían concluir que el hogar no se encontraba en las mejores condiciones para la recepción de las niñas.

13.5. Por último, después de referir las finalidades del proceso de restablecimiento de derechos, entre las que está la prevención de las amenazas y la prevalencia de los mismos, se hizo alusión a las obligaciones de los padres para proteger a los niños, niñas y adolescentes, así como al proceso de homologación como último recurso frente a la declaratoria de adoptabilidad de un menor de edad, siempre que las personas interesadas se opongan. En el caso concreto se precisó que la decisión del Centro Zonal de Soacha de adoptar dicha medida en favor de Juliana y Sofía, retirarlas de su hogar de origen y ubicarlas en un lugar sustituto, ha sido acertada. En tal sentido, era necesario protegerlas ante el estado de completo abandono y descuido al que habían sido sometidas por sus progenitores, así como la afectación física y psicológica. Además, aún cuentan con traumas a raíz de la vida que sufrían en su medio familiar, según se puede concluir -entre otras cosas- de las denuncias corroboradas en el rescate y en la historia clínica que, además, reportó las malas condiciones de salud. No se observó dentro del proceso la participación activa de los progenitores y no se pudo establecer, a la fecha, si las condiciones de vulnerabilidad cambiaron o no.

13.6. Según se indicó, existieron graves indicios de negligencia como el hecho de que la niña Sofía no se encuentre reconocida y registrada por su progenitor, Raúl, quien dice ser su padre. Tampoco existen pruebas sobre el hecho de que se hubiera dado un cambio en las condiciones requeridas para el pleno desarrollo de las niñas, en virtud de que no se aportaron las valoraciones psicológicas y la evolución en el tratamiento de los padres y tampoco una solicitud oportuna para efectuar visitas a su hogar, ni se permitió la vinculación de la familia extensa. Así, no existió una movilización frente a sus deberes y sólo hasta estas instancias piden una segunda oportunidad, sin demostrar que son garantes de los derechos fundamentales de las niñas, siendo evidente el desapego de las menores de edad y el miedo a regresar a estas condiciones. Teniendo en cuenta lo expuesto, se consideró que permanecen los factores de riesgo que dieron origen al proceso de restablecimiento de derechos, entre los que están la inestabilidad emocional. En particular, se indicó que "(...) los progenitores no demuestran tener estabilidad en ningún aspecto -

emocional, físico, laboral, habitacional- para garantizar los derechos de las niñas y, mucho menos, el proceso terapéutico para su crecimiento y desarrollo, pues desde las declaraciones de los padres es evidente que quieren hacer muchas cosas y tienen voluntad de mejorar sus condiciones, todo en un futuro, porque en la actualidad presentan trabajos inestables, no mantienen en casa, sufren de enfermedades que les impiden ejercer cuidado y no cuentan con vinculación a seguridad social (...)”[30].

14. El 22 de agosto de 2018, Ángela Anyelid Gutiérrez[31], en calidad de Defensora de Familia y en representación de Juliana y Sofía [32], de 8[33] y 4 años[34] respectivamente, interpuso acción de tutela contra la sentencia del Juzgado de Familia de Soacha. En particular, cuestionó que no fuera informada sobre la celebración de la audiencia para proferir fallo y que se hubiera fijado un régimen de visitas, pese a que las niñas no lo deseaban. Asimismo, se precisó que en aplicación del interés superior del menor (artículo 8° de la Ley 1098 de 2006) parecería inconveniente someterlas al contacto con unos padres que les crean falsas expectativas y podrían frustrar un proceso de adopción que, por su edad, es muy factible. Como argumentos expresó lo siguiente:

“[a]l decir el juzgado que aún no se ha roto el vínculo de consanguinidad, se vulneraron los derechos de JULIANA y SOFÍA pues los padres de las niñas durante el proceso administrativo han sido padres negligentes, padres ausentes, y aunque asistieron a unas pocas citas establecidas con el equipo psicosocial, nunca mostraron receptividad a las orientaciones brindadas por estos, desde el inicio del proceso se orientó frente a la importancia de vincularse a atención terapéutica familiar e individual por su EPS Salud Total, (frente a la) cual solo tomó una sola y esta se dio un año después del ingreso de las niñas a protección. Frente a la vinculación de familia extensa esta desertó por posibles amenazas de ellos mismos (los padres). Es claro también que la niña Juliana que a la fecha cuenta con 7 años, dada su afectación emocional presenta rechazo ante la posibilidad de volver a tener contacto con su familia, lo que ha expresado de manera reiterativa en intervenciones con el equipo psicosocial, con defensor de familia y ante declaración tomada por el JUEZ DE FAMILIA DE SOACHA”[35].

14.1. En tal sentido, contravirtió la decisión de programar las visitas de domingo a domingo pues -además de exceder la capacidad física y logística del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- desconoce la intención de ellas, como componente esencial del interés

superior (artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia). Además, indicó que se le ordenó “(...) programar y coordinar un horario de visitas de DOMINGO A DOMINGO entre los padres RAÚL y MARTHA, sin un previo proceso de preparación por parte del equipo psicosocial, teniendo en cuenta que los padres desde hace aproximadamente un año y tres meses, no tienen ningún tipo de vínculo, ni contacto de las NNA (sic), razón por la cual desde el equipo de la defensoría se conceptúa que la anterior decisión generará una afectación emocional y psicoafectiva en las NNA(sic), generando factores de riesgo para su integridad, afectando el proceso de la defensoría en miras a su próxima adopción”[36].

14.2. Finalmente, refutó que la sentencia de homologación[37], de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 del Código de Infancia y Adolescencia, produce respecto a los padres la terminación de la patria potestad y, por tanto, considera que ello constituye un defecto en la providencia[38]. No obstante, precisa que tiene conocimiento de la existencia de, al menos, una sentencia de la Corte Constitucional, en donde se permitió mantener contacto con los padres biológicos después de tal declaratoria. No obstante, ello debe limitarse a niños, niñas o adolescentes mayores de 14 años, que por su edad pueden tener menores posibilidades de adopción y que deseen mantener el contacto con los padres[39].

C. CONTESTACIÓN DEL JUZGADO DE FAMILIA DE SOACHA (CUNDINAMARCA) Y OTRAS INTERVENCIONES

15. Mediante auto del veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca admitió la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, ordenó ponerla en conocimiento de los interesados, con tal fin otorgó un término de dos (2) días, para que rindieran un informe sobre los hechos y pretensiones que dieron origen al amparo de la referencia[40].

A su vez, en la misma providencia, se dispuso negar la medida provisional solicitada, tras considerar que para comprobar su idoneidad era necesario analizar de fondo la problemática. Finalmente, se requirió al Centro Zonal de Soacha para que remitiera los discos de datos que contienen la audiencia de homologación que realizó el Juzgado de Familia de Soacha (Cundinamarca), los cuales deberán ser recibidos, asegurándose la reserva legal dispuesta en el artículo 75 de la Ley 1098 de 2016[41].

16. El veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018), el representante del Ministerio Público se refirió al contenido del artículo 108 del Código de Infancia y Adolescencia - modificado por el artículo 8 de la Ley 1878 de 2018 cuyo texto es el siguiente:

“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del Estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad.

Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días.

PARÁGRAFO. En firme la providencia que declara al niño, niña o adolescente en adoptabilidad o el acto de voluntad de darlo en adopción, no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni procederá el reconocimiento voluntario del niño, niña o adolescente, y de producirse serán nulos e ineficaces de pleno derecho”.

A juicio de la Procuraduría debe considerarse que la norma fija un procedimiento específico para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en el que procede la declaratoria de adoptabilidad y, en esa dirección, dispone que tal previsión priva de la patria potestad a los padres biológicos y, por tanto, permite la suspensión de visitas.

17. Respecto al derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser

separados de ella, se indicó que tal no es un derecho absoluto. Con sustento en la sentencia T-044 de 2014 se afirmó que existen algunos criterios que pueden llegar a ser suficientes para determinar si un menor de edad debe ser separado de sus padres. En el caso estudiado, cuando ha sido la familia con sus acciones quien ha terminado por abandonarlas y se ha sometido a Juliana y Sofía a una vulneración de derechos extrema, debe abrirse paso a la posibilidad de ser adoptadas.

18. En la reciente sentencia T-259 de 2018, la Corte Constitucional autorizó llevar a cabo visitas entre el hijo declarado en situación de adoptabilidad y sus padres biológicos. Sin embargo, este precedente sólo es aplicable en situaciones particulares entre las que influye la edad del adoptante, lo que restaba posibilidades de adopción al sujeto involucrado en tal caso.

19. Preciso que el amparo satisface las exigencias de la acción de tutela contra providencias judiciales y que se debe acceder a las pretensiones de ella, en virtud de que “[n]ingún elemento de juicio apoya la decisión adoptada por el Juzgado de Familia de Soacha, el que habiendo compartido las razones para la declaratoria de homologación expuestas por la Defensoría de Familia, no tenía razones para crear un nuevo elemento desestabilizador en la emocionalidad y, en general, en la vida de las niñas JULIANA y SOFÍA, lo que les puede restar para el completo restablecimiento de sus derechos y a una nueva oportunidad de vida a través de la adopción”[43].

Centro Zonal de Soacha[44]

20. La Defensora de Familia del Centro Zonal de Soacha allegó un disco compacto contentivo de la audiencia para fallo de homologación dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de Juliana y Sofía, con radicación No. 2018-0401.

Juzgado de Familia de Soacha[45]

21. El veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018), el titular del Despacho de la referencia indicó que, una vez conoció el proceso, ordenó interrogar a los padres de las niñas, quienes confirmaron haber sido negligentes. No obstante, el señor Raúl y la señora Martha en uno de los apartes de su declaración refieren que la Defensora de Familia, de forma arbitraria, coartó el derecho de visitas. Al respecto, indica que:

“4-. Ha hecho carrera en el ICBF, Centro Zonal de Soacha, una vez adelanten trámites de restablecimiento de derechos de menores, el impedir todo contacto entre los padres y los hijos, impidiendo, bajo argumentos nada sanos, un régimen de visitas, procurando de manera presumiblemente dolosa, el romper todo lazo afectivo entre padres e hijos, con el único propósito de declarar a los menores en estado de adoptabilidad, considerando, y así lo presumo es la mejor solución frente a situaciones de riesgo de los menores, en lugar de poner a disposición de los padres, todo un cúmulo de beneficios que ofrece el ICBF, en aras de recomponer la unidad familiar; entre otros, un tratamiento psicoterapéutico”[46].

21.1. En tal dirección, cuestionó que la Defensora de Familia se hubiere referido al “duelo de los menores” dentro del proceso y la decisión de oponerse a la realización de visitas entre los padres y las niñas. Por el contrario, según el juzgador, tal duelo precisamente tuvo su origen en la decisión del ICBF de separarlas de sus padres:

“(…) las menores ya han perdido la noción de quienes son sus padres, pues en sus mentes ya, y por causa de la atroz decisión de parte de la Defensoría de Familia, de impedir las visitas de los padres a las menores, por un tiempo cercano a un año, sin el más mínimo argumento legal, le causa malestar que se contradigan sus decisiones, alegando el daño irreparable a las menores, cuando fue ella quien al impedir el régimen de visitas, separó a los menores afectivamente de sus padres, causándoles, por supuesto, un daño afectivo y psicológico irreparable. Es reiterada la actitud de estas funcionarias, pues en diversos procesos ha ocurrido lo mismo. Al parecer y así lo presumimos, el único propósito que mueve a las funcionarias del ICBF es desligar afectivamente a los menores de sus padres, por considerar que la ADOPCIÓN es la mejor solución a los problemas familiares, que como en municipios golpeados por la crisis social y humanitaria, como lo es Soacha, es común advertir como la ausencia del Estado y la pobreza extrema de las familias, conlleve a que familias vivan en condición infrahumanas, sin que esta situación sea un argumento válido para arrebatar a los menores del seno de sus hogares”[47].

22. Finalmente, se precisó que las Defensoras de Familia del ICBF desconocen el precedente constitucional, dado que la decisión adoptada se fundó en una reciente sentencia de la Corte Constitucional, proferida el 17 de julio de 2018, respecto de la cual no tiene el número. Así, la decisión buscó garantizar los derechos de las niñas, hasta tanto sean adoptadas y, por tanto, debe negarse el amparo solicitado.

Raúl [48]

23. El 30 de agosto de 2018, en solicitud radicada en el Juzgado de Familia de Soacha, el padre de las niñas requirió que le fuera concedido el amparo de pobreza y que, en consecuencia, se nombrara a un defensor de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151 y subsiguientes del Código General del Proceso. Expresó que no cuenta con los recursos para ser representado en el proceso, vive en estrato 1 y hace parte del Sisbén[49].

24. El 31 de agosto 2018, el señor Raúl solicita que se atienda su clamor y que se tengan en cuenta sus escritos, que “pueden no ser la verdad”, pero es “su verdad”. Desea de todo corazón pronto regreso de sus hijas:

“Yo sin querer les quebranté los derechos fundamentales a mis hijas. El proceso de restablecimiento de derecho con el I.C.B.F., con la defensora Ángela Galindo y Katherine Medellín fue de irrespeto (anexo copias). Desde el 18 de abril del año 2017, nos negaron el derecho de visitar a nuestras hijas y de paso violando el derecho a las niñas a ver a sus papás. Nos decían que nunca volveríamos a ver a nuestras hijas. Hoy a la fecha y gracias a la misericordia de Dios y de Jesucristo su único hijo y señor toda bondad hemos podido ver a nuestras niñas.

A pesar de las restricciones en las visitas (no fotos, no ropa, no juguetes, no comida, bebidas o helados), por parte de la Defensora Ángela Galindo, con la gloria de Dios hemos y después de casi 18 meses de no ver a nuestras hijas pudimos compartir en familia jugando y dibujando. Tanto así que las niñas quieren volver con nosotros y cuando nos despedimos se quedan muy tristes (...)”[50].

24.1. Al anterior escrito, se adjuntó una solicitud de intervención o vigilancia especial ante la Procuraduría, radicado el 8 de junio de 2018, en donde se indica que él, sin querer vulneró los derechos de sus hijas y que “(...) el 18 de abril de 2017 fueron sacadas del apartamento por funcionarios del ICBF las dos hijas mías. En el evento fue agredida la funcionaria Ángela Galindo por parte de mi esposa”[51]. Así, indicó que las funcionarias del Instituto siempre contaron con una actitud hostil y arbitraria, al punto tal que les negaron el derecho a las visitas con sus hijas. Además, indica que se anexan dibujos y mensajes emotivos hacía sus hijas.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)[52]

25. El juez de instancia concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el Centro Zonal de Soacha (ICBF), en representación de Juliana y Sofía. En consecuencia, ordenó al Juez de Familia de Soacha que, en el término de dos días, “(...) deje sin valor ni efecto la determinación que concedió a los progenitores biológicos de las menores JULIANA Y SOFÍA la posibilidad de visitarlas, dentro del trámite de homologación sub examine”[53]. Para fundamentar esta decisión, precisó que, pese a que con sustento en lo expuesto en la sentencia T-259 de 2018, el amparo parecería improcedente, dado que allí se indicó que mientras que no se materialice la adopción no se extinguen todas las prerrogativas de los padres biológicos, lo cierto es que el caso objeto de estudio debe ponderarse desde una óptica del interés superior de las niñas implicadas.

En tal sentido, se indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido cuidadosa en asegurar que los jueces deben ser minuciosos a la hora de garantizar los derechos de los menores de edad y, por tanto, no pueden adoptar decisiones que pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que pueden tener en su desarrollo, sobre todo si se trata de niños a temprana edad[54].

26. Al descender al caso concreto, consideró el juzgador que “(...) se halló que el juzgador acusado a la hora de conceder las visitas de las niñas omitió realizar un estudio cuidadoso de la problemática puesta a su discernimiento, habida consideración de que no puso su mirada en las valoraciones psicológicas que aquella autoridad administrativa realizó (Centro Zonal de Soacha) indicando el impacto negativo emocional que los progenitores generan sobre las menores referidas”[55]. La falta de interés de las niñas en mantener contacto con sus progenitores, debió llevar a que la autoridad judicial privilegiara los derechos de las niñas por encima de los de los progenitores, como así lo impone el inciso final del artículo 44 de la Constitución. Asimismo, se omitió aplicar lo dispuesto en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia que indica que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados y sus opiniones tenidas en cuenta.

Han debido atenderse las necesidades reales y humanizar el proceso de las niñas que, en el caso concreto, implicaba la aplicación del artículo 8º de la Ley 1098 de 2006 que “(...) imponía prohibir que los padres de las niñas implicadas las visiten, ello, en procura de garantizar su salud mental, psicológica y emocional, tanto más cuando, según valoraciones del Centro Zonal de Soacha, entre los padres y los menores no subsiste relación de cariño y afecto que haga necesarias las visitas como una medida de acompañamiento”[56].

Impugnación[57]

27. Raúl, como padre de Juliana y Sofía impugnó el fallo proferido. Consideró que no es una persona instruida en los temas jurídicos, pero que está preocupado por la acción del ICBF de entregar en adopción a sus hijas menores de edad. En tal sentido, buscan recuperarlas para brindarles el acompañamiento y cariño que merecen, pero que por dificultades económicas no pudieron darles en su momento. Asegura que acudieron al Juzgado de Familia de Soacha y se convirtieron en parte interesada, no obstante, indica que no fueron notificados, sino que fue este juzgador quien les informó de ello. Esto explica por qué la intervención fue extemporánea.

27.1. Afirmó comprender que requiere un momento de readaptación para reencontrarse con sus hijas y quiere demostrarle a la Defensora de Familia y la psicóloga que están equivocadas, pues ellos quieren darle cariño y el sustento que requieren. En tal sentido cuestionan que, no obstante que la decisión se sustentó en el interés superior del menor, “(...) no está comprobado que las condiciones eventualmente adversas (que) al comienzo obligaron al ICBF a intervenir aún persistan y que el por el contrario (no) se hayan dado cambios significativos que nos permitan a mi esposa y a mi poder reconstruir la familia”[58].

27.2. Por último, el padre cuestiona la determinación, pues en las visitas que han tenido ellas manifiestan el deseo regresar a la casa y, por ello, no pierden el interés en estar con sus hijas. En tal dirección, se opone a que las niñas se den en adopción y manifiesta que ha sido un proceso muy doloroso porque no disponen de los recursos para contratar un abogado y que, por ello, no han tenido la oportunidad de ser escuchados.

28. En un escrito posterior, Raúl y Martha reiteraron los argumentos de la impugnación y cuestionaron las posiciones adoptadas por las funcionarias del Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar –ICBF-. Al respecto, afirmó que es muy probable que existan exámenes, informes, testimonios y declaraciones que, incluso, sean de sus hijas menores, pero no está comprobado que las condiciones eventualmente adversas que obligaron al ICBF a intervenir persistan[59].

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el dos (2) de octubre de dos mil dieciocho (2018)[60]

29. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia, en consideración a que los argumentos del padre de las niñas no destruyen el extenso soporte que tuvo en cuenta el juez de instancia para fijar la determinación de conceder los derechos invocados. En tal sentido, reafirma que la providencia cuestionada sí incurrió en los defectos enunciados. Con mayor razón, si el precedente contemplado en la sentencia T-259 de 2018 no es aplicable en el caso, en tanto el menor de edad en esta sentencia era un adolescente que había exteriorizado su voluntad de seguir compartiendo con su antiguo núcleo familiar, mientras que se materializaba la adopción, lo que no se da en el ahora estudiado.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

30. Previo a la selección del caso, Raúl y Martha aportaron dos escritos, los cuales aparecen en el expediente. En el primero, del 7 de noviembre de 2018, indicaron que la Constitución dispone que sus hijas tienen el derecho a tener una familia y no ser separadas de ella. En tal sentido, cuestionan que no hubiesen podido acceder a una efectiva defensa técnica por la falta de recursos económicos. De manera que no pudieron oponerse al proceso de restablecimiento de derechos y aseguran que, desde un comienzo, la Defensora de Familia y la psicóloga tuvieron una actitud hostil hacia ellos y “acomodaron” los hechos con injurias y calumnias. Aducen que nunca fueron groseros con las funcionarias, así como tampoco es cierto que las niñas cuando permanecían en su hogar pidieran a gritos auxilio y que no asistían a las citaciones. En consecuencia, le solicitan a la Corte restablecer las visitas por estar en condiciones aptas para hacerlo y, del mismo modo, que les sea devuelta la custodia sobre ellas[61].

31. El 16 de noviembre de 2018, Raúl y Martha reiteraron los argumentos expuestos en la

anterior oportunidad y aseguraron que en el proceso administrativo de declaratoria de adoptabilidad se desconoció su derecho fundamental al debido proceso. En esta dirección, aseguran que sí fueron escuchados por los jueces que conocieron el amparo, aunque sus argumentos no tuvieron éxito, pues cuestionaban el proceso administrativo de declaratoria de adoptabilidad[62].

32. Mediante auto del 31 de enero de 2019, el Magistrado Sustanciador solicitó a la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Soacha (ICBF) que (i) remitiera todo el proceso administrativo de cambio de medida de protección, la grabación de la audiencia en la que las niñas fueron declaradas en situación de adoptabilidad; (ii) aportara copia legible de los registros civiles de nacimiento; e (iii) informara sobre el estado actual del proceso de adoptabilidad. Asimismo, (iv) se requirió un pronunciamiento sobre las aseveraciones efectuadas por el titular del Juzgado de Familia de Soacha, el 27 de agosto de 2018, en el sentido de que esta entidad ha adelantado distintos procesos de restablecimiento de derechos buscando romper todo lazo afectivo entre padres e hijos, presumiendo que es mejor apártalos[63].

32.1. El 8 de febrero de 2019, la Defensora de Familia Ángela Anyelid Galindo, del Centro Zonal Soacha de Protección, y la Defensora de Familia del ICBF Regional Cundinamarca, como Secretaria del Comité de Adopciones, dieron respuesta a las anteriores solicitudes[64]. En tal sentido, indicó la Defensora que ha tenido conocimiento del asunto desde que recibió la denuncia del caso. Preciso que la decisión de restablecimiento de derechos se sustentó en que, después de conocer tales hechos, convocó a la Policía de Infancia y Adolescencia y a la Personería Municipal, quienes la acompañaron a verificar las condiciones de las niñas:

“(…) una vez en el lugar, yo realice el traslado de las niñas al centro zonal, debido a que las encontré en un estado deplorable, el apartamento de un primer piso estaba lleno de basura, roedores y moscas, una de las niñas, JULIANA se encontraba en el apartamento del frente en donde una vecina les proveía la alimentación, nulas condiciones de aseo tanto del lugar del domicilio como de las niñas, ninguna de las dos, a pesar de su edad estaban estudiando, usaban pañal, el apartamento no tenía baño ni cocina, dormían en colchones sucios y en una sola habitación los 4 habitantes”[65].

32.2. Asimismo, reiteraron los hallazgos de la evaluación psicológica inicial e indica, frente a las afirmaciones del Juez de Familia de Soacha, que no es cierto lo que se dijo, en el sentido de que ella busque de forma caprichosa separar a los padres de sus hijos. Por el contrario, en el caso estudiado los padres fueron negligentes en todo el proceso, en el cual le dieron más atención a otro tipo de problemas. También, “(...) es claro que la niña JULIANA que a la fecha cuenta con 7 años, dada su afectación emocional presenta rechazo ante la posibilidad de volver a tener contacto con su familia, lo que ha expresado de manera reiterativa en intervenciones con el equipo psicosocial, con defensor de familia y ante declaración tomada por el mismo JUEZ DE FAMILIA DE SOACHA”[66].

En consideración a ello, cuestionó que el juez no hubiere atendido lo dicho en tal entrevista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia, que indica que los niños tienen derecho al debido proceso y a ser escuchados. Los padres no se vincularon terapéuticamente y, dado que no se presentaban al Centro Zonal, cinco (5) veces el área de trabajo social se dirigió a su hogar, pero nunca se pudo realizar la vista domiciliaria. Sobre la vinculación de la familia extensa, se aclaró que “(...) un hermano de la progenitora quien efectivamente presentó documentación y se mostró interesado en el proceso”, no obstante, lo cual “días después asiste nuevamente solicitando retirar su documentación debido a amenazas de los progenitores, quienes le refieren que si las recupera se las deberá entregar nuevamente a ellos”. Indica además que “se realizó proceso de sensibilización con el tío materno con el fin de que no abandonara el proceso, sin lograr resultado positivo, se logró establecer comunicación con la abuela materna de la nna, quien refirió en primera instancia no querer hacer parte del proceso ya que ella tiene la custodia legal de la hermana menor de nna (sic) quien además cuenta con diagnóstico de discapacidad Síndrome de Down”[67].

32.3. En definitiva, concluyó la Defensora de Familia que el proceso de restablecimiento de derechos, en el caso estudiado, no se sustentó en razones económicas, pues ello supondría ignorar el grave contexto social y humanitario del municipio. Con todo, es necesario que se adopten decisiones que puedan impactar positivamente en la calidad de vida de las niñas, respecto de unos padres que no se han movilizadо efectivamente.

También precisa que éste no es el único caso en el que el juez ha ordenado medidas que podrían ser contrarias a los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En diferentes

oportunidades, ha dispuesto el reintegro con miembros de la familia que no han realizado proceso alguno con la autoridad administrativa y, posteriormente, los niños vuelven con situaciones de desnutrición y retroceso en los procesos.

32.4. Finalmente, indicó que la declaratoria de adoptabilidad de las niñas en mención se encuentra en firme y ejecutoriada. Es de anotar que el Comité de Adopciones de la Regional Cundinamarca realizó asignación familiar para surtir el trámite de adopción a favor de ambas hermanas. Por ende, las niñas fueron entregadas a la pretendida familia adoptiva, el pasado 23 de enero de 2019, y actualmente cursa un proceso judicial de adopción.

33. El 31 de enero de 2019, el Magistrado Sustanciador profirió un nuevo auto en el que solicitó la intervención de varios centros académicos, con el fin de indagar por las consecuencias positivas o negativas de que los niños, niñas o adolescentes declarados en situación de adoptabilidad mantengan el contacto con su familia biológica. Asimismo, indagó por cuáles antecedentes en la relación deben impedir que se mantengan o incentiven este tipo de vínculos[68]. Sin embargo, por la extensión de ellas y su relevancia, las mismas serán estudiadas en el siguiente capítulo.

34. El 15 de febrero del año en curso, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- informó que “el JUZGADO emitió sentencia de adopción a favor de las niñas, JULIANA Y SOFÍA. Decisión que se encuentra en firme[69]”. El dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019), el Juez de Familia de Soacha indicó que las niñas ya fueron dadas en adopción[70].

35. Después de dar traslado a las pruebas recibidas, los señores Raúl y Martha se pronunciaron al respecto[71]. Informaron que el hermano de Martha participó en dicho proceso en procura de obtener la custodia de las niñas, aunque no fue factible ello, lo cierto es que nunca se realizó ninguna sensibilización para que no abandonara el proceso[72]. La abuela de las niñas también se presentó para servir de familia extensa y le indicaron que ella, por su edad, no podía cuidarlas, así como tampoco es cierto que la hija de ellos que está a su cuidado tenga Síndrome de Down[73]. En consecuencia, concluyeron los padres biológicos diciendo que la funcionaria cometió una serie de imprecisiones y es infundado considerar que Juliana no quiere volver con ellos, pues en el tiempo en el que efectuaron las visitas ella preguntaba por el día en que volvería a verlos[74].

36. En similar sentido, el 14 de marzo de 2019, presentaron un nuevo escrito, en donde se indicó que en el proceso de restablecimiento de derechos los funcionarios del Estado tuvieron actitudes intolerantes, fueron déspotas e irrespetuosos. Afirman que estos funcionarios eran inexpertos y que después de las citas ellos salían humillados y regañados. En esta dirección, cuestionan que se les hubiere impedido realizar las visitas durante este procedimiento y que nunca hayan podido acceder a una orientación profesional y ética. Por último, se concluye que es mentira que ellos fueren unos padres negligentes[75].

F. INTERVENCIONES DE DIFERENTES CENTROS ACADÉMICOS

37. A continuación, se extraen los principales argumentos de las intervenciones recibidas en esta Corporación. Las preguntas formuladas por el Magistrado fueron las siguientes:

1. La adopción, de acuerdo a la Ley 1098 de 2006, es una medida de protección en favor de los niños, niñas y adolescentes. En este contexto, ¿Qué consecuencias –positivas o negativas- tiene para un menor de edad, que ha sido declarado en situación de adoptabilidad, mantener el contacto con su familia biológica?
2. ¿Es necesario que el menor de edad, declarado en situación de adoptabilidad, termine cualquier vínculo establecido con la familia biológica? ¿Qué tipo de razones justifican la terminación del vínculo o su continuidad? ¿Es esa terminación relevante para salvaguardar la integridad del menor y facilitar la posterior vinculación a un nuevo núcleo familiar o, por el contrario, existen otras formas de cumplir esta finalidad? ¿Cuáles? ¿De ser así, en qué momento debería propiciarse tal terminación?
3. ¿Qué criterios deben evaluarse en estos casos? ¿En tales eventos es necesario contemplar la edad de los niños, niñas o adolescentes, la existencia de maltrato previo, abandono y el interés de los sujetos involucrados de mantener o no a sus padres biológicos? ¿Es relevante considerar en estos casos las manifestaciones de acuerdo o desacuerdo de los menores en mantener esos vínculos?
4. ¿Qué tipo de antecedentes de la relación entre los hijos y los padres deben considerarse a efectos de definir la continuidad o terminación de la relación entre ambos a fin de garantizar el interés superior del menor?[76]

38. El Departamento de Psicología de la Facultad de Ciencias Humanas[78] -Sede Bogotá- indicó que la decisión de mantener el contacto entre el niño, niña o adolescente y su familia biológica antes o durante el proceso de adopción continúa siendo una posibilidad poco estudiada y controversial, y se basa más en las creencias de los profesionales de los servicios de protección que en la evidencia disponible. A su juicio, mantener el contacto entre ellos, puede ser tanto un factor de protección, como un factor de riesgo, dependiendo de las particularidades del caso y de los implicados.

39. Así, de acuerdo al Informe de Investigación de Taplin (2005), el cual fue comisionado por el Departamento de Servicios Comunitarios de Nueva Gales del Sur (Australia), existen algunos efectos positivos de mantener la comunicación entre la familia biológica mientras el niño se encuentra en el sistema de protección. El primero, es que (i) se previene la idealización de la familia de origen, en tanto que se satisface la necesidad de información de los niños sobre la familia biológica; facilita el análisis de realidad que es necesario para aceptar el proceso de adopción; contrarresta los sentimientos de rechazo y de auto-culpabilización que suelen experimentar, a partir de las separaciones de los cuidadores primarios y legitima el rol parental de los nuevos padres, cuando éstos también toman parte al abrir espacios sobre por qué ellos no pueden continuar viviendo con sus padres biológicos.

40. Asimismo, (ii) mantiene la identidad cultural, dado que el contacto directo e indirecto permite una comprensión de sus orígenes y de su propia historia, lo cual resulta ser especialmente relevante cuando los padres adoptivos pertenecen a otro contexto sociocultural. De otro lado, (iii) puede potenciar el bienestar psicológico de los niños, pues -aunque no existe una relación causal- algunos estudios han identificado que los niños que reciben más visitas de sus familiares biológicos demuestran un mayor nivel de ajuste durante la estadía en el medio institucional e, incluso, niveles más bajos de depresión. Finalmente, se considera que mantener tal relación con estas figuras provee una oportunidad para la reparación y el cierre cuando se permite, a través del mismo, la confrontación, el diálogo y el reconocimiento, por parte de los familiares biológicos, de los sentimientos de los niños o de los eventos vividos.

41. De otra parte es más difícil considerar, a nivel general, las consecuencias negativas que puede tener el contacto con la familia biológica, pues ello depende enormemente de las particularidades de cada caso. Sin embargo, algunas de las consecuencias podrían ser las siguientes: (i) mantener los autoesquemas negativos y la posibilidad de daño físico y emocional, pues en la medida en la que los familiares biológicos transmiten a través del contacto el rechazo a las niñas, pueden conservar un patrón de descalificación e invalidación emocional, de falsas ilusiones e incumplimiento de promesas, de manipulación o alienación en contra de los cuidadores adoptivos, así como a la exposición a comportamientos y modo de vida poco deseables. A su vez, ello puede influir en la baja autoestima; (ii) en situaciones de maltrato y abuso físico, psicológico o sexual por parte de los familiares biológicos, se encuentran mejores resultados al prohibir el contacto con estas figuras que mantenerlo; y, finalmente, (iii) la afectación del vínculo con los nuevos padres o la estabilidad de la ubicación, dado que sostener el contacto con la familia biológica que ha sido maltratadora puede socavar su confianza básica. Los niños pueden entrar en conflicto con las fidelidades entre la familia biológica y la nueva.

42. No es necesario que, en todos los casos, se terminen los vínculos con la familia biológica cuando el niño, niña o adolescente ha sido declarado en situación de adoptabilidad. Desde la teoría del apego puede entenderse, incluso, que obligarlo a cortar la única relación vincular que ha logrado establecer podría afectar su capacidad para formar nuevas relaciones. Los niños cuentan con la posibilidad de formar múltiples apegos y representaciones sobre sí mismos, los otros y el mundo. Así, mantener el contacto con la familia biológica no necesariamente influirá negativamente en la formación de nuevos vínculos y, por el contrario, puede ser importante mantener su continuidad cuando se ha identificado al familiar como una figura de soporte, valiosa y benéfica para él, que incluso puede facilitar la adaptación a la nueva familia, el sentido de identidad individual y cultural o la estabilidad emocional que esté asociada a dicho vínculo. Sin embargo, una excepción a este vínculo se debe dar en los siguientes supuestos:

“(…) cuando mantener el vínculo con el familiar biológico implica perpetuar un apego disfuncional que continúa confirmando en el NNA los modelos internos negativos sobre sí mismo y los otros a través de la invalidación, descalificación, negligencia, maltrato o abuso, pues, como se mencionó, esto afecta la estabilidad emocional y la función de confianza del NNA, no sólo en el familiar agresor, sino en las personas a nivel general,

abarcando, por supuesto, a los posibles padres adoptivos. Es decir, en el momento en el que se detecte riesgo de daño físico o emocional para el NNA por la continuidad del vínculo, es siempre preferible la terminación de la relación, y ésta debe darse en el momento inmediatamente posterior a la realización del acompañamiento y la explicación al NNA, por parte del personal psicosocial encargado, sobre los motivos que sustenta la decisión y las acciones a emprender”.

43. Como formas alternativas para facilitar la vinculación del niño, niña o adolescente con la familia adoptiva, sin terminar la relación con la familia biológica, se encuentran los procesos de adopción abierta o semi-abierta, en la que los padres adoptivos y las entidades legales involucradas acuerdan y regulan qué información será revelada y qué tipo de contacto será permitido.

44. Entre los criterios que deben evaluarse para decidir sobre mantener o terminar el contacto con la familia biológica están los siguientes: (i) el propósito del tal, es decir, si se busca terminar con él y si en tales casos los implicados tendrían la capacidad suficiente de afrontarlo; (ii) la fortaleza y calidad del vínculo, que supone determinar la capacidad de la familia biológica del niño, niña o adolescente para proveerle la sensación de seguridad o de identidad individual o colectiva; (iii) el nivel de riesgo que implica incentivar la relación con un familiar o si puede la familia biológica interferir con el proceso de adoptabilidad, en tal sentido se debe evaluar si tal contacto supone un riesgo físico, emocional o sexual que puede llevarlo a re-experimentar sucesos traumáticos; (iv) los deseos del niño, niña o adolescente y, en tal caso, si hay sospechas de influencias sobre esta decisión. Incluso, los antecedentes de abuso psicológico, sexual o tendencias manipulativas pueden llevar a que el niño exteriorice su deseo de mantener el vínculo, incluso en perjuicio propio.

45. En estos casos, se suele desarrollar un vínculo fuerte entre perpetrador y víctima como mecanismo de supervivencia. Sin embargo, en los eventos en los que, pese a existir ciertos patrones problemáticos en la familia biológica, ellos no supongan un riesgo elevado para los niños, niñas y adolescentes y se identifique la existencia un vínculo fuerte, así como también exista la manifestación de ellos por mantener el contacto, esto puede llevarse a cabo, siempre y cuando exista supervisión suficiente que asegure que no se presentarán los patrones problemáticos.

46. De cualquier forma, en estos eventos, también debe tenerse en consideración (v) las reacciones del niño, niña y adolescente en las vistas que se han realizado, dado que ello permite evaluar el nivel de riesgo que representa mantener o terminar tal vínculo; y (vi) la edad, que también es decisiva –pese a no existir un criterio fijo-. Sobre esto último, debe decirse que mientras mayor sea el niño, niña o adolescente, se entiende que cuenta con una mayor capacidad para evaluar, de forma realista, la conveniencia de su deseo en relación con la historia y experiencias previas con el familiar biológico. No obstante, “(...) incluso en caso de adolescentes, los criterios esenciales deben ser el nivel de riesgo, la fortaleza y calidad del vínculo y las reacciones del NNA (sic), antes que la edad de éste”. Por último, se precisa lo siguiente:

“El trabajo clínico y psicosocial se basa en el precepto de que el cambio es posible si las partes involucradas tienen los recursos físicos, socioeconómicos y psicológicos necesarios para llevarlo a cabo, además de la disposición y suficiente nivel de compromiso. Si bien un historial de maltrato, abuso o negligencia, consumo de sustancias psicoactivas o antecedentes de enfermedad mental en los familiares biológicos supone un alto nivel de riesgo para el NNA, éste no implica necesariamente la necesidad de terminar la relación para garantizar su bienestar, siempre y cuando se satisfagan condiciones básicas de seguridad para el NNA, se resuelvan los factores de riesgo y mantenimiento de la problemática, se observen cambios en los patrones interpersonales a partir de trabajo terapéutico y psicosocial realizado, y se constate la constancia de dichos cambios en el tiempo a partir de un proceso de seguimiento exhaustivo”.

47. Con sustento en lo anterior, concluyó la intervención que mantener el contacto directo con la familia biológica, cuando en ella se han efectuado cambios sustanciales en favor de mejorar ciertas conductas que puedan repercutir en la reducción de riesgos o se han adelantado medidas de reparación, puede tener un gran potencial curativo para el menor de edad. Sin embargo, en los casos en que existan antecedentes de agresión sexual, es siempre preferible el distanciamiento.

Colegio Colombiano de Psicólogos[79]

48. El Colegio Colombiano de Psicólogos presentó intervención, a través de la Directora de Campos, Programas y Proyectos[80]. De acuerdo con diversas investigaciones, cuando se

mantiene el vínculo entre el niño, niña o adolescente y sus padres biológicos, ellos pueden sentirse más integrados dentro de la familia adoptiva. En esta dirección, el contacto con la familia de origen permite que se hable, con frecuencia, de la adopción, lo que será clave para el período de adolescencia y la construcción de identidad positiva. La mayoría de los niños adoptados se preguntan por sus orígenes y cuando no obtienen tal información pueden comenzar a inventar fantasías sobre su familia biológica. Por el contrario, cuando persiste un contacto con ella, pueden tener claridad sobre su historia y la razón por la cual fueron puestos en adopción. En ese orden de ideas, autores como Batki (2018) han encontrado que las habilidades de regulación emocional de los niños adoptados tempranamente muestran algunos retrasos en el desarrollo, en comparación con las de los niños criados en familias biológicas.

49. Por otra parte, se han identificado algunos efectos negativos en incentivar estos vínculos. Puede ocurrir que el niño, niña o adolescente sienta que deber ser leal a su familia adoptiva y biológica, lo cual le puede generar sentimientos de confusión e, incluso, que los padres biológicos interfieran en la vida de la familia adoptiva, sobrepasando los límites impuestos. Esto puede afectar el proceso de duelo del niño en relación con su familia anterior. Asimismo, algunos autores han encontrado que, conocer la historia familiar asociada a eventos de consumo de sustancias psicoactivas, violencia intrafamiliar, delincuencia, abuso sexual infantil y otras formas graves de negligencia y abandono, podría tener un impacto en la autoestima del niño, niña o adolescente. Sin embargo, este tipo de efectos puede superarse si se cuenta con un acompañamiento por parte de profesionales especializados, que garanticen que este tipo de vínculos sean sanos y generen bienestar en todos los involucrados.

50. No siempre es necesario que el menor de edad declarado en situación de adoptabilidad termine cualquier vínculo con la familia biológica, pues cada caso debe ser estudiado en particular. En específico, deben atenderse los siguientes indicadores: (i) la edad y etapa de desarrollo en la que se encuentre el niño, niña o adolescente, teniendo en consideración los procesos básicos de atención, percepción, memoria, lenguaje, aprendizaje y emociones; (ii) las áreas de adaptación (individual, familiar, escolar y social); (iii) descartar o confirmar algún tipo de discapacidad física y/o psicológica; (iv) los antecedentes y el impacto (intensidad, duración, frecuencia e interpretación) de los hechos y las personas comprometidas en las diferentes formas de maltrato y violencia por parte de su familia de

origen; y, finalmente, (v) las características psicológicas y psiquiátricas de la familia biológica.

51. Se debe prestar atención a cada etapa. Al principio del proceso de adopción, existen períodos de reajuste psico-emocional de los menores de edad, donde deben adaptarse a la nueva familia. Sin embargo, cuando la situación esté estabilizada y el contacto aporte positivamente al desarrollo, tal relacionamiento puede ser positivo. Ello no sucede cuando se producen contradicciones o interferencias entre los vínculos, que pueden poner en riesgo al menor de edad, allí es cuando se desaconseja la continuidad de tal. No obstante, debe quedar claro que los padres adoptivos deben tener la potestad sobre el niño, niña y adolescente y establecer con claridad los roles.

52. En relación con el asunto sobre si la terminación de la relación puede favorecer o no el contacto con un nuevo núcleo familiar, es necesario entablar un proceso de evaluación, acompañamiento y monitoreo por parte de un equipo técnico que permita identificar la calidad del vínculo afectivo que el niño tenía con la anterior familia. Si se determina que los parientes biológicos son capaces de aprender formas más saludables de vinculación afectiva, gestión de emociones y de relaciones sociales, ello debería incidir en dicha decisión.

53. Es necesario escuchar a los niños, niñas y adolescentes con el fin de adoptar una decisión sobre la pertinencia del contacto. Ellos pueden expresar sus necesidades, deseos, miedos, inquietudes y sueños. Por tanto, su voz debe ser escuchada y tenerse en cuenta dentro de un conjunto de fuentes de información que permitan, en cada caso, materializar el interés superior del menor. No obstante, el derecho a ser oído no implica que su decisión sea vinculante, pues se reconoce que no tienen sus facultades cognitivas y madurativas desarrolladas plenamente, por lo que es necesario que un profesional evalúe si los deseos del niño, niña o adolescente son reales. No sólo debe efectuarse una entrevista, sino una evaluación técnica pues “[m]uchas veces las verbalizaciones, lógicas por el vínculo, o al contrario, lógicas por la mala situación, exteriorizan emociones de tristeza a rabia, que no son medidas directas a lo que el menor necesita”.

54. Como antecedentes que deben valorarse para fijar la continuidad del vínculo, es necesario considerar los siguientes indicadores: (i) la presencia o ausencia de maltrato y

violencia en la historia familiar; (ii) los hábitos relativos a la alimentación; (iii) los hábitos relativos al sueño; (iv) las pautas de crianza y disciplina; (v) el nivel de desajuste psicológico parental; (vi) el apoyo social de los progenitores; (vii) la capacidad para tolerar la separación, privación o pérdida; (viii) la capacidad de empatía; (ix) la capacidad para establecer límites apropiados; (x) las habilidades para mantener un buen control de impulsos; (xi) la naturaleza del apego entre padres e hijos; (xii) la intensidad del sentido de identidad de los padres; (xiii) la capacidad de respuesta afectiva y cálida hacia el niño; y (xiv) el entusiasmo o satisfacción con el rol parental o el esfuerzo invertido en la relación con los hijos (Ramírez, 2003; Tejero, 2011). No obstante, de existir cambios en la valoración del menor de edad ellos deben ser tenidos en cuenta, para modificar la valoración inicial y de allí la necesidad de efectuar un continuo seguimiento. Con todo, en casos de adopción lo más probable es que existan antecedentes negativos, pero puede haber supuestos en donde sea positivo contar con el vínculo de la familia de origen.

Universidad de los Andes[81]

56. En tal dirección, (a) respecto del vínculo de apego es particularmente relevante mantener el lazo afectivo entre hermanos, lo cual constituye un factor de protección psicosocial, ante la ausencia de relaciones seguras con las figuras paternas biológicas que, además, puede resolver la ansiedad y las preocupaciones que enfrentan los niños, niñas y adolescentes frente al bienestar de sus padres biológicos; (b) en cuanto al manejo de la pérdida y el duelo, el estudio reveló que la apertura puede ayudar a que los niños, niñas y adolescentes logren superar sentimientos de negación, enojo y tristeza que experimentan frente al abandono, alivia la ansiedad e, incluso, a largo plazo les permite procesar la situación que generó la adopción. Finalmente, (c) en lo relativo al desarrollo de la identidad, el contacto puede facilitar el proceso de configuración del concepto sobre sí mismo, su aceptación y valoración, siempre que se establezca una relación colaborativa entre la familia biológica y la adoptiva. No obstante, esta modalidad de adopción abierta debe aplicarse con cautela y considerar las condiciones particulares del caso concreto.

57. También se ha encontrado que mantener el contacto con la familia de origen puede influir negativamente en los factores reseñados. Así, por ejemplo, puede reactivar apegos

inseguros (ambivalentes o evasivos), con consecuencias desfavorables en la estabilidad emocional, en el comportamiento y puede impedir la formación de un apego seguro con las figuras parentales adoptivas. En esta dirección, tal contacto puede intensificar los sentimientos de pérdida y complicar el proceso de duelo; puede promover la idealización de la familia biológica y generar dudas sobre su responsabilidad frente a la situación que propició la adopción. Es posible que, además, se incremente la posibilidad de mantener el patrón de abuso (físico, emocional, verbal, psicológico, sexual) por parte de los padres biológicos.

58. En esta dirección, se concluye que existen autores que plantean que el contacto con los familiares puede generar que el niño dado en adopción construya un apego afectivo con las figuras parentales adoptivas. Ello puede facilitar la respuesta a las preguntas que surgen sobre su origen y las circunstancias que motivaron su adopción; permite comunicarse con los padres para obtener información médica relevante en caso de emergencia y para los niños hace posible construir su historia de vida, lo que permite explicar su origen y enfrentar estigmas asociados a la adopción.

59. Por otro lado, otros autores sostienen que tal contacto puede intensificar sentimientos de pérdida. Se ha sostenido que, el contacto posterior, en relación con niños que "(...) han experimentado negligencia o abuso y sus parientes biológicos puede implicar un conjunto complejo de riesgos, por lo que se enfatiza la importancia de valorar las circunstancias individuales en el proceso de toma de decisiones".

60. Los expertos en adopción y terapia familiar coinciden en que no es necesario que en todos los casos de adopción se termine el vínculo establecido entre los niños y la familia biológica. Sin embargo, la decisión sobre la pertinencia de este contacto debe analizar las condiciones de cada caso, entre las que están las siguientes: (i) las características de la relación existente con su familia biológica y con cada uno de los integrantes; (ii) la ocurrencia de situaciones de maltrato físico o psicológico, de abuso sexual o negligencia en el pasado, así como el riesgo de que se vuelvan a presentar; (iii) el tipo de vínculo de apego; (iv) la probabilidad de culpabilizar al niño, niña o adolescente de la situación que desencadenó la medida de protección; y (v) el riesgo de que se fomente la ambivalencia y/o triangulación entre las diferentes figuras parentales. La evidencia indica que los resultados más negativos suelen observarse en los casos de niños, niñas o adolescentes que tienen un

historial de maltrato en sus hogares.

61. Adicionalmente, en la actualidad existe una gran preocupación por el contacto que puede llevarse a cabo recurriendo a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, lo cual es difícil de regular.

62. Como criterios que sirven para determinar la apertura o no en los procesos de adopción debe tenerse en cuenta la edad del niño, niña o adolescente; la identidad étnica u origen; el tipo de adopción (nacional o internacional); maltrato, abuso, abandono y negligencia en el pasado, así como riesgos actuales; el interés del menor de edad de mantener o no el contacto y, finalmente, la disposición demostrada por la familia biológica de involucrarse activamente en un proceso de intervención que facilite el establecimiento de relaciones positivas con el niño o niña y la familia adoptiva.

63. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña, en los asuntos que los afecten deben tenerse en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Así, si en general, el menor de edad no quiere mantener ningún contacto con su familia biológica, tal es una señal importante para limitarlo.

64. Con el fin de evaluar tales circunstancias, sin que se tengan en consideración criterios desactualizados, intuitivos y basados en la ética personal de los operadores del sistema judicial, se consideró relevante tener en cuenta el Modelo del Interés Superior del Niño (BIC Model, por sus siglas en inglés). Éste responde a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, la cual establece en el artículo 3.1 que la satisfacción del interés superior del menor debe ser primordial.

Programa de Psicología de la Universidad de Manizales[83]

65. A través del Director del Programa de Psicología de tal universidad[84], se rindió concepto en el expediente de la referencia. Así, frente al interrogante sobre las consecuencias positivas o negativas que tiene para un menor de edad que ha sido declarado en situación de adoptabilidad mantener el contacto con su familia biológica, se concluyó que no es posible, ni pertinente ofrecer una respuesta categórica para todos los niños, niñas o adolescentes. En tal sentido, debe considerarse la situación vital de cada ser humano y, en particular, los motivos que fundamentaron la declaratoria de adoptabilidad

como el abuso sexual, la violencia física, el abandono, entre otros. Asimismo, la edad cronológica y psicológica del niño o niña debe influir en tal determinación; el impacto o posibles afectaciones en la salud mental y, finalmente, precisar las posibilidades reales de que se restablezcan sus derechos a tener una familia a través de la vía de la adopción.

66. Los encuentros o interacciones que establezcan los niños, niñas o adolescentes con su familia biológica o con otras redes de apoyo familiar se convierten en factores protectores, motivacionales y promotores de desarrollo y habilidades, siempre que estén mediados por la existencia de vínculos afectivos seguros y consistentes, en los cuales se expresen sentimientos de cariño, protección, cuidado y atención. De lo contrario, se podrían causar confusiones en la identidad, incertidumbre y distorsión en los roles, lo cual puede afectar la integración del niño, niña y adolescente a su nueva familia.

67. Para promover la adecuada estabilidad psíquica de la persona declarada en situación de adoptabilidad, es necesaria la resignificación de los traumas y posibles vulneraciones causadas. Para ello, los niños declarados en situación de adoptabilidad, deben recibir el acompañamiento de distintos profesionales que les permitan movilizar sus recursos para afrontar duelos y proyectarse al futuro. Así, esta decisión debe responder a la situación particular de cada niño y evitar un impacto en la salud mental.

68. El vínculo es una condición inherente al proceso de desarrollo, que da cuenta de la naturaleza relacional existente en la especie humana. La referencia a lo relacional no sólo hace alusión a los otros, pues el vínculo primero se constituye con sí mismo, con el propio cuerpo y con las necesidades que experimenta. A medida que los seres humanos transitan por los estadios del ciclo vital, el vínculo con los otros toma más fuerza, debido a que inicialmente son los otros quienes proveen las condiciones para su supervivencia, lo introducen en la cultura y les suministran información que les permitirá ampliar o no su red de relaciones. En esta dirección, las personas más próximas como los padres son quienes le proveen la confianza, seguridad y estabilidad que le permiten su reconocimiento como ser individual y social. Dependiendo del modelo de vinculación, se crearán vínculos seguros, inseguros, orientados o desorganizados.

69. Con sustento en ello, se concluye que no es posible romper o terminar los vínculos, lo que si es factible es limitar el contacto con sus padres o quienes hagan sus veces. Con

mayor razón, si las experiencias asociadas con violencia (física, verbal, psicológica), negligencia y abuso sexual en detrimento de los niños, los hacen receptores de factores que afectan significativamente su desarrollo cognitivo, emocional y social. En consecuencia, el estrés que estas situaciones producen y la consecuente alteración química suscitan problemas con la regulación emocional, el control de impulsos, el sueño y la atención. A nivel social se incrementan las respuestas asociadas a pasividad o agresividad. La pasividad inhibe la exploración, la capacidad de disfrute y de creatividad, mientras que la agresividad dificulta el establecimiento de relaciones interpersonales asertivas.

70. Así, ante la presencia de ambientes asociados a experiencias de violencia, negligencia o abuso sexual, es necesario retirar a los niños de manera inmediata y ofrecerles un ambiente de cuidado y protección, en el que reciban la atención de profesionales en salud mental. La decisión sobre romper el contacto entre los padres también deberá responder al impacto que los padres han causado en el niño, niña o adolescente.

71. Como criterios a evaluar en tales casos se debe considerar el daño psicológico, las secuelas emocionales y si existen o no avances en el tratamiento, además de la preexistencia de factores de vulnerabilidad en los padres en relación con sus competencias parentales y las prácticas de crianza, así como las características de las interacciones entre ambos. Asimismo, la voz de los niños debe ser tomada en cuenta en esta decisión, pero para ello habrá de valorarse su nivel de desarrollo psicológico. Sin embargo, el anterior criterio no es suficiente porque el niño, niña o adolescente puede presentar una identificación con el agresor, ya que tal es la figura adulta que se encarga de su cuidado.

72. Tratar de construir una relación de “confianza” con una persona que es fuente de peligro y amenaza, socava la posibilidad de crecer en un mundo seguro, lo cual termina desencadenando sentimientos de culpa, negación de la experiencia, minimización de la misma o el “síndrome de acomodación”. Este último fue descrito en los casos de abuso sexual pues el niño o niña al sentirse atrapado en esta situación, se “adapta” como una forma de supervivencia.

73. No es posible, en consecuencia, dar respuestas generales a los antecedentes que deben considerarse a efectos de definir la continuidad de la relación entre los padres biológicos y el menor de edad, pero sí se deben considerar los motivos que culminaron en la

declaratoria de adoptabilidad como la existencia de violencia sexual, negligencia o abandono. Sin embargo, al adoptar tal decisión deben contemplarse las posibilidades reales de que se reestablezca el derecho del niño a tener una familia a través de la vía de la adopción, dado que estos procesos lo integran a una nueva y, por ende, deberán crearse las condiciones para que los niños, niñas y adolescentes puedan consolidar vínculos afectivos gratificantes y apego seguro hacia sus adoptantes. Ello demanda el acompañamiento profesional para que los menores de edad puedan afrontar y elaborar transiciones, pérdidas y cierres frente a su historia de vida con la familia biológicas y con las experiencias del sistema de protección.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales -Programa de Sociología- de la Universidad de Caldas[85]

74. El profesor e Investigador del Departamento de Antropología y Sociología de esta universidad da respuesta a la solicitud efectuada por la Corte[86]. En particular, indicó que surgen consecuencias negativas en el menor de edad en situación de adoptabilidad al mantener contacto con sus padres biológicos cuando el motivo de su actual condición deviene de antecedentes de violencia al interior de la familia biológica. Se entiende por “violencia intrafamiliar” toda forma de comportamiento social desintegrador que vulnera o pone en riesgo a sus miembros y, en especial, a niños o adolescentes, en relación con los cuales desestabiliza el proceso de crianza y cuidado que requieren. En tal dirección, pese a que el lazo de consanguineidad es fuerte, puede causar rechazo, inseguridad y rencor. Es sugerente que el menor de edad sea excluido de mantener un contacto personal con sus padres biológicos, pues los niños, niñas y adolescentes necesitan de una experiencia relacional que sedimente su equipaje sociocultural y emocional.

75. Por el contrario, en algunos casos se ha comprobado que existen consecuencias positivas de mantener al niño, niña o adolescente con su familia biológica, en aquellos eventos en los cuales el menor de edad no fue víctima directa de descuido o maltrato por parte de sus padres, sino que en su conjunto el grupo familiar experimentó una crisis exógena, en la cual la familia se enfrenta a la paradoja de ser un muro de contención ante la crisis y, por ende, proteger a sus miembros, o, por otro lado, no pudo resistir a causas externas. Entre tales se tiene el hecho de que la familia hubiere sido víctima de la violencia, sufrido una profunda crisis económica o la falta de apoyo interinstitucional. En estos casos,

“(…) no se compromete del todo, la responsabilidad directa de los padres o parientes biológicos que quieren una mejor vida y experiencias de socialización y cuidados para sus hijos”. En esos casos que el niño tenga contacto con sus padres puede fortalecer su identidad en el desarrollo y formación del carácter y la personalidad, pues conocerá sus orígenes y podrá contar con una amplia red de apoyo emocional, social e, incluso, económica.

76. Si se amplía la comprensión del vínculo social como concepto, no es necesario que -en todos los casos- el menor de edad declarado en situación de adoptabilidad lo termine, de forma absoluta, con su familia de origen. Éste es una forma de relación social que puede construirse o reconstruirse y está orientada a un contacto directo o indirecto con fines no sólo emocionales, sino económicos, culturales o internacionales. En efecto, la familia adoptiva involucra en la experiencia de crianza procesos de socialización (formación humana) y sociabilidad (ámbito de construcción de estilos de convivencia). En esta dirección, mantener algún vínculo con la familia biológica permite que el menor de edad obtenga información básica sobre su pasado.

77. Sin embargo, tal debe terminarse cuando: (i) existe una amenaza inminente a la integridad física, psicológica o moral del niño, niña o adolescente; (ii) el vínculo no aporta a la construcción de la confianza en sí mismo; (iii) el menor de edad expresa inseguridades intensas o confusión posterior a cada encuentro; y (iv) el niño, niña o adolescente expresa desinterés o rechazo a una reunión o comunicación con su familia biológica.

78. No es relevante contemplar sólo la edad de los niños, niñas o adolescentes al momento de definir sobre la continuidad del contacto con su familia biológica, ante la existencia de maltrato previo o abandono, pues la madurez cognitiva no es del todo directa y relacional a la edad biológica. El menor de edad puede llegar a establecer distintos grados de comprensión de la situación que le permita determinar su manifestación y es, en tal dirección, que “(…) es significativo escuchar a los niños, niñas o adolescentes, en función de su madurez y comprensión de la situación, especialmente cuando sus palabras reflejen claridad sobre su autonomía”.

79. Es relevante tener en cuenta la posibilidad de mantener el contacto entre los padres biológicos y el hijo en situación de adoptabilidad, cuando ellos estén exentos de

antecedentes de agresión y manifiesten una comprensión suficiente sobre la imposibilidad de asumir el proceso de crianza y cuidados significativos y necesarios para el desarrollo personal-social de él.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[87]

80. A través de la Oficina Asesora Jurídica[88], el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar precisó que, como lo ha establecido la Corte Constitucional, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella implica “la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”. Con fundamento en lo anterior y en el interés superior del menor, el Estado tiene la facultad de limitar el derecho de los padres a ejercer las prerrogativas que poseen, únicamente cuando exista peligro, desprotección o abandono del niño, niña o adolescente y éste se ocasione en el propio escenario familiar. En este marco, cuando se constate una vulneración o amenaza, resulta procedente el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en el cual puede adoptarse cualquiera de las medidas pertinentes contempladas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, entre las cuales se encuentra la adopción.

81. Tal proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos se desarrolla por la autoridad competente, quien en compañía de su equipo técnico interdisciplinario evalúa los impactos de niño, niña o adolescente en el área de psicología, trabajo social y nutrición. La declaratoria de adoptabilidad se efectúa sólo cuando, de conformidad con el acervo probatorio, existe evidencia conducente y pertinente para establecer la situación de abandono físico, emocional o psicoafectivo del niño por parte de su familia. En efecto, dado que esta medida es la última ratio, ella sólo procede cuando se ha comprobado la necesaria terminación del vínculo con los familiares biológicos de forma definitiva, de tal manera que pueda realizarse el manejo del duelo, la resignificación de la historia de vida y la preparación frente a sus nuevas condiciones.

82. Con fundamento en lo expuesto por Bowlby, el apego constituye el núcleo central de la vida emocional de las personas y existe una tendencia a crear fuertes vínculos emocionales con determinadas personas y, en tal sentido, el establecimiento de un mínimo de relaciones

positivas estables entre un menor de edad y un adulto, bastará para que el niño, niña o adolescente experimente fuertes sentimientos hacía esa persona e, incluso, la eche de menos en su ausencia. No obstante, la figura de apego no tiene que ser -necesariamente- adecuada para que un niño se aferre a ella:

“Un niño maltratado por sus padres puede desarrollar lazos de afecto hacía ellos, manifestando con posterioridad las consecuencias de este apego inadecuado. De hecho, son numerosas las investigaciones que señalan que un alto porcentaje de menores que han experimentado alguna forma de maltrato o desatención en su primera infancia tienen un patrón alterado en sus mecanismos de vinculación. Al contrario de los niños y las niñas que crecen en ambientes familiares en los que se responde de manera positiva y coherente a sus demandas de atención, afecto y ayuda (y que, consecuentemente, desarrollan apegos de tipo seguro, los que sufren situaciones de desatención, abandono o modalidades más dramáticas de malos tratos, desarrollan frecuentemente tipos de apego o bien inseguro o desorganizado y desorientado”[89].

83. De manera que continuar con el vínculo cuando un niño, niña o adolescente es declarado en situación de adoptabilidad puede continuar afectando sus derechos. Con mayor razón, si uno de los efectos de la declaratoria de adoptabilidad es la pérdida de la patria potestad, “pero esta no puede entenderse como la única consecuencia de esta decisión, es decir, no puede pensarse que lo único que cesa son las obligaciones propias de la representación legal, el usufructo y la administración de bienes, sino que también los deberes de crianza, amor y cuidado propios de la responsabilidad parental”.

84. El artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 regula la responsabilidad parental como un complemento a la institución jurídica de la patria potestad que es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas o adolescentes. Sin embargo y citando la sentencia C-1003 de 2007, para fundamentar que el ejercicio de la patria potestad tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, se indica que si bien el Código Civil dispone que la pérdida de la patria potestad sólo tiene efectos respecto de la representación legal, el usufructo y la administración de bienes, ello no puede confundirse con la pérdida de la patria potestad como consecuencia de la declaratoria de adoptabilidad, cuyos efectos deben analizarse de manera integral, cuando se ha considerado que la familia biológica no garantiza los

derechos del niño:

“(…) el hecho de que se presente la pérdida de la patria potestad como consecuencia de una declaratoria de adoptabilidad implica que la familia biológica del menor de edad no constituía un entorno de protección para sus derechos; circunstancia diferente a cuando la pérdida de la patria potestad se da en el marco de un proceso judicial, pues en este último caso la decisión deberse a la “demencia” u otros casos de cualquiera de los padres, lo cual no implica una necesidad de separación con su familia biológica como consecuencia de la amenaza o vulneración de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes”.

85. En síntesis, las consecuencias de mantener el vínculo pueden darle continuidad a un escenario de amenaza y trunca el proceso de duelo y de resignificación de la historia de vida, así como también impide la preparación frente a las nuevas condiciones de vida, las cuales son necesarias para pasar a vincularse a un nuevo núcleo familiar, al momento en el que se declare la adopción.

86. La terminación del vínculo filial de un niño, niña o adolescente respecto de su familia de origen como consecuencia de la declaratoria de adoptabilidad se produce con la principal finalidad de salvaguardar su integridad física y emocional, así como de promover la conformación o la consecución de un entorno familiar que favorezca su desarrollo pleno. En tal contexto, esta decisión se encuentra precedida de un proceso que ha acreditado que ellos se exponen a mayores factores de vulnerabilidad que de generatividad.

87. Por su parte, si bien no se puede afirmar que el vínculo afectivo con la familia biológica cesa o se termina con la declaratoria de adoptabilidad, porque él se ha creado de manera espontánea, lo cierto es que éste es un elemento propio de análisis para evaluar la medida de protección a adoptar y la necesidad de un enfoque psicosocial particular. En efecto, se considera que no existe una forma diferente para que el niño, niña o adolescente se relacione con un nuevo núcleo a través de la figura de adopción, que separarlo de sus padres biológicos. Al respecto, se debe considerar que el artículo 61 del Código de Infancia y Adolescencia define la adopción como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

88. El interés superior del menor se relaciona con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, el cual contempla el derecho a ser escuchado. Conforme a ello, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 12 destacó que (i) el derecho a expresar la opinión de manera libre en todos los asuntos que los afectan y, por tanto, que sus opiniones sean tenidas en cuenta, debe realizarse considerando la edad y la madurez del niño, niña y adolescente; y (ii) que ellos tienen derecho a no ejercer esta garantía. Para este último fin los Estados deben asegurar que el niño reciba toda la información y asesoría necesarias para adoptar una decisión que lo favorezca.

“Por ello, si bien la opinión del menor de edad es de vital importancia debe tenerse presente que esta expresión del niño, niña o adolescente debe evaluarse en clave con (i) el derecho a la prevalencia de sus garantías superiores sobre los derechos de los demás, como los padres biológicos; (ii) la madurez del menor de 18 años; (iii) las evaluaciones del equipo interdisciplinario, entre otros”.

90. De tal manera que, en estos eventos, debe valorarse la realidad concreta, única e irrepetible de los niños, niñas y adolescentes, así como estudiar si existió maltrato, abandono u otras circunstancias de vulnerabilidad en los espacios en los que ellos interactúan con la familia. No obstante, de acuerdo a pronunciamientos de la Corte como el contenido en la sentencia C-058 de 2018, la edad debe ser tomada en consideración pues es un referente de desarrollo físico, mental y emocional. No obstante, se precisa que el marco en el cual se deben evaluar estas circunstancias es en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

91. Después de la declaratoria de adoptabilidad del niño, no hay lugar a considerar ningún tipo de antecedente para definir la continuidad de la relación de la familia biológica, pues ello se realiza previo a este proceso con sustento en los principios de graduación y racionalidad. En efecto, “la declaratoria de adopción se da ante la imposibilidad de la familia de constituirse como un espacio garante de los derechos del menor de edad involucrado, de manera que esta medida excepcional resulta luego de que se realiza un análisis cuidadoso del caso concreto y es consecuencia de los antecedentes particulares de cada niño, niña o adolescente”. Así las cosas, luego de ello “puede evidenciarse la necesidad de terminar la relación biológica, a quien, vale la pena reiterar, se le han brindado herramientas de apoyo para valorar factores de generatividad que los permitan proteger los derechos de los niños,

sin que esto hubiere sido posible”.

Procuraduría 71 Judicial II de Familia

92. El Procurador 71 Judicial II de Familia precisó que en el estado actual del proceso en sede de revisión se ha dispuesto la incorporación de distintos conceptos técnicos a fin de dar solución al dilema planteado, en el sentido de si proceden o no las visitas y el contacto de niños, niñas o adolescentes declarados en situación de adoptabilidad con su familia biológica. Sin embargo, los estudios que han sido referenciados por los intervinientes resultan ambivalentes, dado que por un lado aseguran que mantener tal contacto puede fortalecer el estado emocional y afectivo, les permite afrontar las nuevas posibilidades de integrar un nuevo núcleo familiar con conocimiento de su historia, pero consideran que ello no puede generalizarse, sino que debe estudiarse en cada caso concreto.

93. Entonces, con sustento en lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución sobre los derechos prevalentes de los niños, debe considerarse que el artículo 8º del Código de Infancia y Adolescencia lo definió y que la Corte lo ha desarrollado en múltiples providencias como las sentencias T-408 de 1995, T-503 de 2003, T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-502 de 2011 y T-510 de 2013.

94. Las autoridades están llamadas no sólo a reconocer, sino a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los que se encuentra el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, lo que implica el derecho a estar en una que esté en condiciones de brindarle amor, felicidad y, en general, una vida digna. En tal marco, cuando la familia no brinde las condiciones de dignidad que son requeridas y, en especial, ante la existencia de riesgos para los hijos, se imponen decisiones que permitan superar tal vulneración, siendo la declaratoria de adoptabilidad la última entre múltiples posibilidades.

95. Si se llega a la adopción como medida de protección es, precisamente, porque los padres y los familiares más cercanos han participado en la vulneración de derechos, “(...) luego no podría entenderse cómo podrían contribuir con la estabilidad emocional y afectiva para sus hijos, cuando han sido ellos quienes han dejado huella por el oprobio del que los han hecho víctimas, bien por sus acciones u omisiones que han motivado la decisión de adoptabilidad”. Así, no puede olvidarse que en la cotidianidad de los procesos de adopción, dicha decisión genera resistencia, oposición e inconformidad por parte de los padres,

quienes nunca estarán satisfechos con ello. En efecto, mantener contacto con ellos no permitirá que se ofrezca una pacífica transición y, con ello, se podría afectar la estabilidad emocional de los niños.

96. Se deslegitima el propósito de la adoptabilidad cuando se desconocen las razones que la inspiraron. Ahora bien, “(...) pueden presentarse situaciones excepcionales que justifiquen la continuidad del contacto, y de hecho ya ocurrido, como el caso de un niño que estaba en la etapa terminal de un cáncer que lo aquejaba o cuando el adolescente declarado en adoptabilidad estaba próximo a cumplir la mayoría de edad, pero repito, serán situaciones excepcionales que deberán ser analizadas individualmente como los mismos estudios allegados lo recomiendan”. Sin embargo, la declaratoria de adoptabilidad en el caso estudiado se edificó sobre la evidencia incorporada y la obligación del Estado de restablecer sus derechos, de acuerdo a su interés superior.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

97. Esta Corte es competente para conocer de las sentencias adoptadas en el trámite de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 y en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del auto del veintiséis (26) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de la Corte.

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

98. La Corte Constitucional ha estructurado una línea jurisprudencial uniforme en materia de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dicha labor ha tomado en consideración la importancia de lograr un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial y la prevalencia y efectividad de los derechos fundamentales[90]. La sentencia C-590 de 2005 sistematizó y unificó los criterios que venía aplicando la jurisprudencia constitucional para efectos de definir si procedía o no la acción de tutela contra una decisión judicial. Para ello, estableció un listado de exigencias de procedencia, a saber: (i) los requisitos generales de

procedencia, de naturaleza procesal; y (ii) las causales específicas de procedibilidad, de naturaleza sustantiva.

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

99.1. Legitimación por activa: Ángela Anyelid Galindo Gutiérrez interpuso acción de tutela, actuando en nombre de Juliana y Sofía, lo cual es acorde con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política[91] que establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá acudir a la acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. En tal sentido, es necesario precisar que la accionante es Defensora de Familia y, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 11 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, tales deben “[p]romover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar”. Con todo, el inciso segundo del artículo 44 de la Constitución dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger el niño. En tal sentido, el inciso tercero de esta disposición preceptúa que “[c]ualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores”. En dichos términos, se encuentra acreditado este presupuesto.

99.2. Legitimación por pasiva: El Juzgado de Familia de Soacha es una autoridad pública y, como tal, resulta demandable en un proceso de tutela, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591 de 1991, en la sentencia C-590 de 2005 y en la jurisprudencia uniforme de esta Corporación.

99.3. Relevancia constitucional: El asunto sometido al análisis de esta Corporación cuenta

con relevancia constitucional directa toda vez que, además de involucrar el derecho fundamental al debido proceso, implica una discusión relativa al desconocimiento de los derechos fundamentales y al interés superior de dos menores de edad, en los términos expuestos en el artículo 44 de la Constitución. Igualmente, en el proceso han sido puestas de presente ciertas discrepancias acerca del alcance de la regla de decisión establecida por esta Corporación en la sentencia T-259 de 2018.

99.4. Agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios de defensa: La Sala observa que se satisface el requisito de subsidiariedad por cuanto la providencia judicial atacada fue dictada en un proceso de única instancia, de conformidad con el artículo 119.1 de la Ley 1098 de 2006. En tal sentido, como se indicó al estudiar esta exigencia en la sentencia T-512 de 2017[92], la Defensoría de Familia no cuenta con otro proceso para cuestionar lo resuelto por el Juez de Familia de Soacha.

99.5. Inmediatez: El presupuesto de inmediatez implica que la acción de tutela se interponga en un término razonable desde la afectación del derecho[93]. En el caso concreto, la acción de tutela fue interpuesta el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018)[94], mientras que la providencia dictada en audiencia fue proferida el diecisiete (17) de agosto del mismo año. Es decir que trascurrieron apenas algunos días desde el momento en el que se consumó la presunta afectación de los derechos fundamentales del actor y la interposición de la tutela estudiada. Por ende, el tiempo acaecido entre la providencia que originó el presente trámite y la interposición de la acción de tutela es razonable.

99.6. Que la parte accionante hubiere identificado razonablemente los hechos generadores de la vulneración, los derechos que se vieron comprometidos y se haya alegado en el proceso judicial tales circunstancias: La accionante indicó que el juzgado de la referencia al haber concedido y ordenado la realización de las visitas entre los padres biológicos y las niñas afectó el debido proceso y el interés superior, dado que ya se había homologado la declaratoria de adoptabilidad y, por tanto, se había extinguido la patria potestad. Dicha decisión se adoptó en la sentencia de homologación y, por ello, la presunta violación de los derechos fundamentales no pudo alegarse previamente.

99.7. Que la sentencia impugnada no sea de tutela. La sentencia cuestionada es, como ya se dijo, producto de un proceso de familia tramitado en única instancia, esto es, la

homologación de la resolución que declaró a las menores de edad en situación de adoptabilidad.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

100. El problema jurídico que abordará la Corte, en esta oportunidad, consiste en determinar si el Juzgado de Familia de Soacha, con ocasión de la sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en la que se homologó la Resolución de la Defensoría de Familia que declaró a las menores de edad en estado de adoptabilidad y dispuso la realización de la visitas entre las niñas Juliana y Sofía y sus padres biológicos, incurrió en los defectos (i) sustantivo por desconocimiento de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia- y (ii) violación directa de la Constitución, por haber desatendido el interés superior del menor (artículo 44).

101. Con la finalidad de resolver el referido problema jurídico, la Sala (i) caracterizará brevemente el defecto sustantivo y la violación directa de la Constitución (Sección D). A continuación, aludirá (ii) el alcance constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (Sección E). Posteriormente se referirá (iii) al proceso de adopción y los efectos jurídicos de la declaratoria de adoptabilidad (Sección F). Luego de ello, la Corte procederá a establecer si respecto de la decisión judicial cuestionada se configuraron los defectos alegados por la accionante (Sección G).

D. EL DEFECTO SUSTANTIVO Y LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

102. Una vez que se han verificado los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, le corresponde al juez constitucional determinar si se ha configurado un defecto específico. Considerando los defectos alegados en esta oportunidad, la Sala se referirá brevemente al alcance del defecto sustantivo y a la violación directa de la Constitución, como supuestos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias.

102.1. Defecto sustantivo. La sentencia SU-399 de 2012 delimitó el campo de aplicación del defecto sustantivo, al concluir que el mismo se puede presentar en los eventos en los cuales: (i) la decisión judicial se basa en una norma inaplicable porque “a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido

declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador”; (ii) cuando a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, por fuera de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable[95].

102.1.2. Asimismo, según la providencia referida, dicho defecto se configura (iii) en aquellos supuestos en los que no se toma en consideración la parte resolutive de una sentencia de constitucionalidad; (iv) cuando la disposición aplicada es contraria a la Constitución; (v) se utiliza un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico “para un fin no previsto en la disposición”; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso; (vii) cuando se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto; o (viii) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una manifiesta violación de la Constitución, entre otros[96].

102.1.3. No obstante, en dicha providencia se aclara que la autonomía judicial “(...) no autoriza al funcionario judicial para que se aparte de la Constitución y de la ley, pues la justicia se administra siguiendo los contenidos y postulados constitucionales de forzosa aplicación, tales como, la dignidad humana, la eficacia de los principios, derechos y deberes, la favorabilidad, y, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (arts. 1º, 2º, 6º, 228 y 230 C.P.)”. En esta dirección, no cualquier divergencia con la interpretación del funcionario judicial autoriza al juez constitucional para declarar este defecto, sino que ella debe ser, de forma flagrante, contraria a derecho[97].

“(...) para que la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto constituya defecto sustantivo, se requiere que el funcionario judicial en su labor hermenéutica, desconozca o se aparte abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales, de forma tal que vulnere o amenace derechos fundamentales de las partes. Es decir, el juez en forma arbitraria y caprichosa, con base únicamente en su voluntad, actúa franca y absolutamente

en desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.

En todo caso, la interpretación resultante de la norma y su aplicación al asunto sometido a consideración del juez, no puede ser plausible, constitucionalmente admisible o razonable para que proceda efectivamente su enjuiciamiento mediante acción de tutela, pues ello equivaldría a aceptar que podrían dejarse sin efectos providencias judiciales contentivas de interpretaciones acertadas de las normas jurídicas, porque el criterio del juez de tutela no coincide con el del juez natural del caso, lo que no puede permitirse sencillamente porque el juez constitucional asumiría funciones que no le corresponden, con el consecuente vaciamiento de las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico a los distintos jueces de la República y por demás, con total anulación de los principios de autonomía e independencia judicial”[98].

102.2. Violación directa de la Constitución. De manera inicial, el defecto específico de violación de la Constitución se entendía subsumido como una de las variantes del defecto sustantivo. Sin embargo, como se explicó en la sentencia T-084 de 2010, la Corte empezó a dotarlo de autonomía al considerar que la inaplicación de la “norma de normas” merece un lugar particular en la acción de tutela contra providencias judiciales[99]. En tal sentido, destacó lo dispuesto en el artículo 4° de la Carta[100] y el poder normativo directo de ella:

“7.2.8. Violación directa de la Constitución, causal de procedencia de la acción de tutela que se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados”[101].

102.2.1. Con sustento en lo expuesto la jurisprudencia ha afirmado que, aunque se produce la misma distorsión, el desconocimiento del Estatuto superior puede darse, al menos, por dos vías. De un lado, cuando las reglas o principios que deben ser extraídos de su texto son, por completo, desobedecidos o no son tomados en cuenta en el razonamiento jurídico explícita, ni implícitamente. De otra parte, cuando las reglas y los principios son tomados en

consideración, al menos implícitamente, pero se les da un alcance insuficiente como así quedó planteado en la sentencia T-084 de 2010.

102.2.3. No obstante, ellos no son los únicos supuestos en los cuales las decisiones jurisdiccionales terminan por violar la Constitución, pues sin ánimo de ser exhaustivos, también se ha reconocido que no acudir a la excepción de inconstitucionalidad también puede dar lugar a ello. En efecto, “(...) siempre que un juez se encuentra ante una norma que contraría lo estipulado por la Constitución, éste tiene el deber de inaplicar dicha norma bajo la excepción de inconstitucionalidad realizando un trabajo argumentativo en el cual determine claramente que el contenido normativo de la regla resulta contrario a la Constitución Política”[102].

102.2.4. En consecuencia, el hecho de que una providencia incurra en violación directa de la Constitución es un defecto autónomo y específico, que determina la procedencia de la acción de tutela. Puede darse, entre otros, cuando (i) se ignora por completo principios o reglas constitucionales; (ii) se le da un alcance insuficiente a determinada disposición de la Constitución; o (iii) se omite aplicar la excepción de inconstitucionalidad, en aquellos eventos en los cuales ello sea procedente.

E. EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN

103. El inciso segundo del artículo 44 de la Constitución indica que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Mientras que, el tercer inciso enfatiza que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

103.1. A partir de tal disposición la Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre el interés superior del niño, niña o adolescente[103]. En particular, la sentencia T-510 de 2003 precisó que ello puede determinarse y está vinculado a una realidad concreta y relacional, dado que “(...) sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado

con todo el cuidado que requiere su situación personal. No obstante, en esta providencia se establecieron una serie de reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que deben ser aplicadas para determinar en qué consiste tal, en atención a las circunstancias particulares de cada caso:

“(i) la garantía del desarrollo integral del niño o adolescente que predispone que, como regla general, es necesario asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético y la plena evolución de su personalidad; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad, que incluye la satisfacción de los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el derecho a tener una familia, entre otros; (iii) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos, entre los que se cuentan los abusos y las arbitrariedades, las condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico por desconocer, en general, la dignidad humana en todas sus formas[104]; (iv) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad, circunstancia que incluye el deber de proveerle al niño una familia en la cual los padres cumplan con sus deberes derivados de su posición y así le permita desenvolverse en un ambiente de cariño, comprensión y protección; (v) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno-filiales, las cuales no pueden limitarse a mejores condiciones económicas, sino a verdaderas razones que hicieren temer por su bienestar y, por último, (iv) el equilibrio con los derechos de los padres (...) [105]”.

103.2. El Código de Infancia y Adolescencia definió al interés superior del menor (artículo 8º) como “(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Además, se estipula que (i) las normas contenidas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad hacen parte integral de este código y que se aplicará, en todo caso, la norma más favorable al interés superior[106]; (ii) se tendrá en consideración que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe un conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier persona[107]; y (iii) el derecho a la integridad personal de los menores implica la proscripción de toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico,

descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona[108].

103.3. Algunas expresiones concretas de la ley en relación con el interés superior. Es necesario resaltar, adicionalmente, que los padres cuentan frente a sus hijos con un deber de recepción. En tal sentido, los niños necesitan de la ayuda de sus padres o de cualquier persona adulta para obtener los bienes materiales que les permitan vivir bien. No obstante, son los padres, en principio, los responsables de crear las condiciones materiales que le permitan a un niño, niña o adolescente vivir como tal[109]. Así, los padres y la familia, en la medida de sus posibilidades y, en subsidio, el Estado deben garantizarles a los niños aquello que requieren.

103.3.1. Asimismo, según se dispone en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 1098 de 2006 –por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia–: “[e]n 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”. Esto implica reconocer que los niños, niñas y adolescentes son seres humanos plenos, consciente de su propia existencia y con una “libertad y autonomía en desarrollo” en proceso de consolidar sus rasgos característicos, afinidades y potencialidades. Sin embargo, la incidencia de su opinión en determinada decisión debe tener en consideración su edad y grado de madurez[110].

103.3.2. Lo anterior, explica por qué en la sentencia T-311 de 2017, al estudiar los deberes de los padres en relación con los hijos, se concluyó que (i) deben abstenerse de maltratarlos; (ii) la paternidad y la maternidad exigen un compromiso constante en función del niño y, en particular, el deber de recepción en su favor; (iii) la familia es un poder dignificante que es anterior a cualquier influencia de la sociedad; (iv) el desprecio que pueda llegar a sentir un padre por sus hijos no lo libera de sus obligaciones constitucionales y legales y; finalmente, (v) que son contrarias a la Carta las conductas que someten a un menor de edad a situaciones anormales de tristeza[111].

F. EL PROCESO DE ADOPCIÓN Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE

ADOPTABILIDAD

104. La adopción se inscribe en un régimen de protección más amplio, regulado en el Código de Infancia y Adolescencia o Ley 1098 de 2006. En principio y, en virtud de la responsabilidad parental[112], los padres y la familia en general asumen una serie de obligaciones en relación con los niños, niñas y adolescentes, tales como protegerles contra cualquier acto que amenace su vida, dignidad e integridad personal; inscribirlos en el registro civil de nacimiento; proporcionarles “las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene” e incluirlos en el sistema de seguridad social en salud, así como promover el acceso al sistema educativo, entre otros[113].

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

107. Al definir las reglas que deben seguirse, con el fin de aplicar las diferentes medidas de protección, la sentencia T-512 de 2017 -al pronunciarse de un amparo interpuesto contra una sentencia que se negó a homologar la declaratoria de adoptabilidad en el caso de una niña- indicó que existen unos presupuestos que rigen su aplicación:

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

niño, niña o adolescente”[117].

108. En síntesis, la adopción es una medida de restablecimiento de derechos con fundamento constitucional en el artículo 44 de la Constitución, que permite garantizar que, ante la imposibilidad de sus padres biológicos, los niños, niñas y adolescentes puedan reintegrarse -de forma irrevocable- a un nuevo núcleo familiar.

109. El proceso de adopción como medida de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha precisado que la adopción es una de las instituciones más importantes para hacer efectivo el derecho a tener una familia[118] y “persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”[119]. En esta dirección, la sentencia T-204 A de 2018 indicó, en relación con esta figura, que “(...) se trata de una medida de protección orientada a satisfacer el interés superior del niño o la niña cuya familia no pueda proveer las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto, así como a hacer efectivo su derecho fundamental a tener una familia[120] y no ser separada de ella, ya que busca propiciar condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado y a potenciar el disfrute efectivo de sus demás derechos fundamentales”.

110. El proceso de adopción en la Ley 1098 de 2006. La autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62 de esta normatividad. Sin embargo, en este proceso pueden participar diferentes entidades del Estado. Así, la sentencia T-204A de 2018 detalló este procedimiento y, en particular, precisó que una de las maneras de activarlo tiene lugar cuando en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el Defensor de Familia adopta la decisión de declarar a un sujeto, previa aplicación estricta del debido proceso[121], en situación de adoptabilidad[122]. Sin embargo, “(...) la procedencia de la adopción como medida de restablecimiento de derechos estará sujeta al cumplimiento del debido proceso y al agotamiento de todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de derechos en la familia biológica de los niños, niñas o adolescentes, en aras de proteger la unidad familiar y sin que se logre obtener un resultado adecuado, en conclusión, la declaración de adoptabilidad será la última opción, cuando definitivamente sea el medio idóneo para

protegerlos”[123].

111. La declaratoria de adoptabilidad por parte del Defensor produce, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescentes adoptable, a menos que durante el proceso algún interesado presente oposición[124]. En efecto, el artículo 108 de la Ley 1098 de 2008, modificado por el artículo 8º de la Ley 1878 de 2018 precisa lo siguiente:

“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en cualquier etapa de la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el artículo 100 del presente Código[125], el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá solicitarse la inscripción en el libro de Varios y en el registro civil del menor de edad de manera inmediata a la ejecutoria. La Registraduría del Estado Civil deberá garantizar que esta anotación se realice en un término no superior a diez (10) días a partir de la solicitud de la autoridad.

Una vez realizada la anotación de la declaratoria de adoptabilidad en el libro de varios y en el registro civil del niño, la niña o adolescente, el Defensor de Familia deberá remitir la historia de atención al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, en un término no mayor a diez (10) días (...).”.

112. Es necesario precisar que, de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Infancia y Adolescencia, el juez de familia conocerá en única instancia de la homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes[126]. En tal dirección, ha indicado la Corte que este proceso “(...) tiene como fin revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso durante la actuación administrativa, razón por la cual, se constituye como un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por una resolución de adoptabilidad recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, acreditando que las circunstancias que ocasionaron tal situación se han superado y que razonadamente se puede deducir que no

se repetirán”[127].

113. Sin embargo, esta función no se restringe a un simple control sobre las formas, sino que debe concentrarse en estudiar si con tal determinación se han garantizado los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes[128]. Es decir que “el juez de familia cumple una doble función, por una parte, realiza el control de legalidad de la actuación administrativa, pero al mismo tiempo debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el trámite, en especial, debe salvaguardar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes, actuando de esta forma como juez constitucional”[129]. En esta vía, debe evaluar en detalle las circunstancias que rodean al menor de edad y, asimismo, “(...) tiene el deber de ordenar las medidas que considere necesarias para el efectivo restablecimiento de los derechos del niño”[130].

114. De lo anterior, se desprende que la adopción y el procedimiento para concretarla fueron previstos en la Ley 1098 de 2006. De acuerdo a esta normatividad, una de las maneras de activar dicha medida de restablecimiento de derechos es la declaratoria de adoptabilidad que, en un proceso administrativo, efectúe un Defensor de Familia como última ratio ante la gravedad de los hechos puestos a su consideración. Tal decisión produce, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad, a menos que ante la oposición, sea un juez de familia quien homologue la declaratoria de adoptabilidad, caso en el cual debe entenderse que tal efecto se produce desde el momento en que se profirió tal providencia.

115. La fijación de visitas y la tensión que surge cuando se ordena su realización en una sentencia que homologa la declaratoria de adoptabilidad. Las visitas son una proyección de la patria potestad y tienen como objetivo primordial mantener la unidad familiar[131]. En consecuencia, una vez la misma se ha extinguido en virtud de una declaratoria de adoptabilidad que, a su vez, ha sido homologada por un juez de familia, no existen –en principio- razones jurídicas suficientes para conservarlas. No obstante lo anterior, en la presente oportunidad, la decisión cuestionada dispuso que las visitas debían continuar, a pesar de existir tal declaratoria. Por ello, la Corte se ocupará de analizar, si es o no procedente establecer excepciones a esa pauta general considerando, en particular, que el juez de instancia invocó la existencia de algunas decisiones judiciales previas que, al parecer, apoyarían su conclusión. A continuación, la Corte refiere el alcance de dichas

providencias.

115.1. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), se pronunció sobre la impugnación formulada contra el fallo del cuatro (4) de febrero del mismo año, el cual fue proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dentro de la acción de tutela promovida por María Stella Cuesta Gutiérrez en calidad de Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[132]. El amparo solicitado se interpuso a nombre de cuatro menores de edad -sin que en esta decisión se especifiquen sus edades- ante una decisión judicial que, dentro del trámite de adoptabilidad, ordenó el reintegro de las niñas al hogar sustituto, con el fin de que pudiera restablecerse el contacto de aquéllas con su progenitora.

115.2. Como antecedentes de la controversia, se tiene que las niñas fueron declaradas en situación de adoptabilidad en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, con sustento en que habían sido maltratadas y obligadas a pedir dinero en las calles del municipio. El juzgador ordenó homologar tal determinación, pero modificó la medida en el sentido de que ellas debían ser reintegradas al hogar sustituto de esta ciudad, a efectos de restablecer el contacto con la progenitora. En la solicitud de amparo se cuestionó que se hubiere querido privilegiar este vínculo, no obstante que la declaratoria de adoptabilidad priva a los padres del derecho a la patria potestad.

115.3. La Corte Suprema de Justicia, en contraste, concluyó que la decisión buscó materializar el interés superior de las niñas:

115.4. En ese sentido, para el referido tribunal no existían motivos para romper la relación con la madre de forma abrupta, pues las niñas todavía no han sido acogidas en un programa de adopción, sin que se advierta que la medida frustre esta posibilidad. Por el contrario, cuando ello se materialice de forma indiscutible, se romperá tal vínculo y “aunque si bien es cierto que por la adopción el adoptivo deja de pertenecer a su familia, se extingue todo parentesco de consanguinidad, y produce respecto de los padres la terminación de la patria potestad de las menores”, los padres no se liberan de los deberes paternos filiales[134].

116. La sentencia T-259 de 2018 estudió la acción de tutela interpuesta por una Defensora

de Familia de Santander en contra de la decisión proferida por el Juzgado Octavo de Familia de Bucaramanga, dentro del proceso de restablecimiento de derechos adelantado en favor de una menor de edad. La solicitud de amparo advertía que si el juzgador accionado había declarado la adopción, con sustento en que los padres no estaban en condición de asumir el cuidado y la protección de ella, no podía permitirse que continuaran realizándose las visitas con los padres biológicos.

116.1. La Corte concluyó que la adolescente, de diecisiete (17) años y quien quería conservar el contacto con sus padres, tenía derecho a ser oída. Así, al estudiar la providencia cuestionada, se determinó que el interés superior fue protegido, pues la continuidad de las visitas se ajustaba a las circunstancias del caso. Por tanto, según sostuvo esta sentencia, la providencia acusada no incurrió en ningún defecto específico de tutela contra providencias judiciales. Como fundamento se citó lo expuesto en las sentencias C-145 de 2010[135], C-262 de 2016[136] y C-727 de 2015[137]. Además, se indicó que la pérdida de la patria potestad- en virtud de una medida de restablecimiento del derecho como la adopción- no impide, por sí sola, que se interrumpa el contacto entre la niña y su madre.

G. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

117. Le corresponde a la Corte determinar si el Juzgado de Familia de Soacha, con ocasión de la sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en donde se homologó la Resolución que declaró a Juliana y Sofía en situación de adoptabilidad, incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia- y en una violación directa de la Constitución, por haber desatendido el interés superior del niño (artículo 44), al haber permitido que se efectuaran las visitas, a pesar de la decisión de homologar la declaratoria de adoptabilidad. En la misma dirección, debe establecer esta Sala si la sentencia T-259 de 2018 constituye un precedente aplicable al asunto que ahora se examina, no como un defecto específico de tutela contra providencias judiciales, sino por cuanto la distintas partes la han utilizado como fundamento de las decisiones adoptadas en el caso estudiado[138].

118. En tal contexto y como se explicó, los padres se sujetan a un conjunto de obligaciones constitucionales en la relación con sus hijos, dado que la paternidad y la maternidad

implican un compromiso constante en función del niño, niña o adolescente, lo cual comprende ciertos deberes de recepción, así como la garantía de las condiciones necesarias para su bienestar y desarrollo integral. Además de los derechos contemplados en la Carta Política, la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y Adolescencia- desarrolló la figura de la responsabilidad parental:

“La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

119. Sin embargo, frente al incumplimiento de tales deberes, el Estado debe restablecer los derechos de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en riesgo y, por esta vía, restaurar la dignidad e integridad de los sujetos[139]. Una de las medidas de restablecimiento de derechos y, tal vez, la más drástica es la adopción, en la que se materializa el derecho de todo niño a tener una familia, cuando no puede ser cuidado por sus propios padres.

120. Juliana –de 8 años- y Sofía –de 4 años-, según lo precisó el Juzgado de Familia de Soacha y el ICBF, fueron adoptadas. El Juzgado Promiscuo lo declaró judicialmente. En sentido estricto, se cumplió la finalidad de la medida de restablecimiento de derechos, por lo cual se estableció de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que por su naturaleza no la tienen[140].

121. En consecuencia, la Corte declarará la carencia actual de objeto por una situación sobreviniente, por cuanto en este caso se materializó la adopción. Este Tribunal se ha referido a esta categoría que se presenta cuando concurren circunstancias posteriores a la solicitud de tutela que, aunque no estén relacionadas con el objeto de la solicitud, hacen que el titular pierda interés en el pronunciamiento del juez por sustracción de materia[141] o porque, por vía de ejemplo, un tercera parte asumió la carga solicitada, se perdió el

objeto jurídico respecto del cual el juez debía adoptar una decisión[142] o exista una situación, distinta al hecho superado o daño consumado, que hiciere inoqua la orden de satisfacer la pretensión del amparo[143]. En este último caso, tal circunstancia “(...) no impide emitir un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de la vulneración alegada”[144].

122. La anterior circunstancia no puede inhibir un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional, dado que además de que tal circunstancias sobrevino al estar en curso la revisión de las decisiones de tutela, el presente asunto plantea una discusión de significativa importancia constitucional acerca de la posibilidad de que los jueces que declaren la homologación de la adoptabilidad puedan ordenar que se continúen efectuando las visitas con sus padres biológicos. En este contexto, resulta además importante determinar el alcance de la sentencia T-259 de 2018.

Defecto sustantivo por el desconocimiento de los efectos de la declaratoria de adoptabilidad previstos en la Ley 1098 de 2006

123. El juez que conoce el proceso de homologación, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, no sólo debe verificar que el proceso administrativo hubiere satisfecho los presupuestos del debido proceso de las partes, sino que -en esencia- debe adoptar la decisión que mejor materialice los derechos fundamentales de los niños niñas y adolescentes y, por ello, “(...) tiene el deber de ordenar las medidas que considere necesarias para el efectivo restablecimiento de los derechos del niño”[145].

124. El artículo 123 del Código de Infancia y Adolescencia determina con claridad que la declaratoria de adoptabilidad producirá respecto de los padres la terminación de la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente. Tal circunstancia, en principio, daría lugar a que no se pudiera ordenar la realización de visitas teniendo en consideración, además, que dicha declaratoria tiene como causa la imposibilidad de la familia biológica de satisfacer los derechos de los niños o adolescentes. Sin embargo, la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), así como la sentencia T-259 de 2018 de este Tribunal indican que la conclusión puede ser diferente.

125. En síntesis, tales providencias consideraron que había que atender la intención de los

niños, niñas o adolescentes que querían mantener el contacto con sus padres biológicos, a pesar de que en un caso habían sido sometidas a la mendicidad y en el otro se advertía la presunta agresión sexual del padrastro. Para ello, las providencias sostuvieron que la terminación de la patria potestad no lleva consigo que los padres se liberen de los deberes paterno-filiales.

126. Tanto la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como la sentencia T-259 de 2018 fundan su argumento en que la Corte Constitucional, en providencias previas, ha limitado los efectos de la terminación de la patria potestad a las facultades de representación legal, administración y usufructo. Sin embargo, al estudiar las providencias citadas, entre las que se encuentran las sentencias T-266 de 2012[146], C-145 de 2010[147] y C-262 de 2016[148], puede concluirse que el contexto en que se ha precisado que la terminación de la patria potestad sólo cubre estas tres facultades se ha dado en el marco de procesos de suspensión de patria potestad, referidos en el artículo 310 del Código Civil que tienen lugar cuando (i) los padres se encuentren en “demencia”[149]; (ii) está entredicho la capacidad de ellos para la administración de sus propios bienes; y (iii) por haber estado ausentes durante largo tiempo. Dicha disposición establece que lo mismo se aplicará cuando se configuren las causales del artículo 315 del Código Civil referidas a la emancipación judicial, entre las que están el maltrato del hijo, el abandono, la “depravación” que los incapacite para ejercer la patria potestad, entre otros. Finalmente, prescribe el citado artículo 310 del Código Civil que “[l]a suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos”.

127. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte precisa que en los casos regulados en el Código Civil en los artículos 310 y 315, la limitación de los efectos de la pérdida de la patria potestad es una forma de protección de los menores de 18 años con el fin de que sus padres no se eximan de sus deberes. Sin embargo, esa restricción a los efectos, no se justifica en los supuestos de adopción, en los cuales la medida de protección consiste, precisamente, en separar a la familia biológica de su hijo. En tal sentido, al tratarse de procesos diferentes y con distintas finalidades, los argumentos que limitan la terminación de la patria potestad a estos tres aspectos en los procesos de adopción no son pertinentes.

128. El proceso administrativo de restablecimiento de derechos y, en particular, la adopción

busca que, en principio, se separe al niño, niña o adolescente de la familia biológica que no ha podido brindarle los cuidados que requiere con el fin de que pueda integrarse a un nuevo núcleo familiar en el caso en el que en estricto sentido se perfeccione dicha medida. Esta no es la finalidad de los procesos civiles enunciados y, es por ello, que en dicho contexto la disposición explicitó que ello no podía interpretarse como la pérdida de otras obligaciones con sus hijos.

129. Como lo explicó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su concepto técnico, la declaratoria de adoptabilidad tiene como consecuencia la pérdida de la patria potestad, “pero esta no puede entenderse como la única consecuencia de esta decisión, es decir, no puede pensarse que lo único que cesa son las obligaciones propias de la representación legal, el usufructo y la administración de bienes, sino que también los deberes de crianza, amor y cuidado propios de la responsabilidad parental”.

130. Con fundamento en ello, precisó en su intervención que la “responsabilidad parental” (art. 14 de la Ley 1098 de 2006), que es un complemento de la patria potestad, cesa con la declaratoria de adoptabilidad. Incluso, aclaró que si bien el Código Civil dispone que la pérdida de la patria potestad sólo tiene efectos respecto de la representación legal, el usufructo y la administración de bienes, ello no puede confundirse con la pérdida de la patria potestad como consecuencia de tal declaratoria de adoptabilidad, cuyos efectos deben analizarse de manera integral, dado que la familia biológica no fue garante de los derechos del niño:

“(…) el hecho de que se presente la pérdida de la patria potestad como consecuencia de una declaratoria de adoptabilidad implica que la familia biológica del menor de edad no constituía un entorno de protección para sus derechos; circunstancia diferente a cuando la pérdida de la patria potestad se da en el marco de un proceso judicial, pues en este último caso la decisión deberse a la “demencia” u otros casos de cualquiera de los padres, lo cual no implica una necesidad de separación con su familia biológica como consecuencia de la amenaza o vulneración de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes”.

131. De acuerdo a lo anterior, la terminación de la patria potestad en el marco del proceso de la declaratoria de adoptabilidad debe analizarse en conjunto con la terminación de la

responsabilidad parental, la cual también debe darse por finalizada en virtud de la medida administrativa de restablecimiento de derechos. Como lo explicó el ICBF, las visitas –en principio- no deben materializarse y menos con la finalidad de cultivar un vínculo como un derecho de los padres sobre sus hijos. Sin embargo, la Sala reconoce que en algunos casos extremos dichas visitas deban facilitarse, pero no como un derecho de los padres, sino como una manera concreta de materializar el interés superior del menor en casos puntuales y absolutamente excepcionales.

132. El Procurador 71 Judicial II de Familia en su intervención en la Corte y quien ha conocido de manera concreta el caso, indicó que es usual que en los procesos de restablecimiento de derechos y, en especial, en el de adopción exista una intensa resistencia e inconformidad de los padres biológicos. Sin embargo, en tales escenarios siempre debe privilegiarse el interés superior del niño, niña o adolescente y hacer que la transición sea más fácil para ellos.

133. De conformidad con lo previsto en la jurisprudencia (ver supra, numerales 115 y 116) se reitera que en circunstancias extremas debidamente probadas, como las mencionadas en la misma intervención -referidas a un niño en estado terminal de cáncer o a una adolescente próxima a alcanzar la mayoría de edad- pueden autorizarse las visitas entre los padres y los hijos declarados en situación de adoptabilidad. En todo caso, tales determinaciones podrán justificarse si constituyen la mejor manera para satisfacer los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes. Dichas visitas no se explican, por el contrario, en la subsistencia, a cargo de los padres consanguíneos, de los deberes filiales de crianza o amor.

134. No obstante que esta medida es drástica, responde a una lógica que no puede desnaturalizarse y es que la familia no pudo ser un entorno apto para garantizar el desarrollo integral del niño. Por ello, en la decisión sobre si deben decretarse visitas o no debe preferirse, prima facie, la separación. Con mayor razón, en contextos de graves afectaciones de derechos en detrimento de los niños, niñas o adolescentes, en los cuales tal distanciamiento satisface un derecho prevalente. Tal conclusión no puede ser absoluta pues, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la satisfacción del interés superior siempre debe responder a circunstancias concretas y no a postulados abstractos. Las evidencias y los conceptos en psicología y trabajo social deben ser

valorados en cada caso concreto.

135. Sin embargo, en el caso estudiado en el que el Juez de Familia de Soacha ordenó la realización de tales visitas, considera la Sala que dicha orden no responde a la realidad y a las evidencias concretas que fueron aportadas en este proceso. Se agrava más tal hecho, pues la realización de las mismas fue ordenada de forma intempestiva, después de que había transcurrido más de un año y sin que, para ello, se hubiere efectuado un trabajo psicosocial previo. En este sentido, la Corte comparte lo precisado por el juez de primera instancia, en el sentido que el juzgador accionado debió humanizar un proceso que puede llegar a ser muy traumático para los niños y las niñas que atraviesan una adopción. Cabe resaltar que existía en el expediente evidencia psicológica que precisaba el efecto emocional negativo que podía tener efectuar tales visitas. Someter a unas niñas a unas visitas con sus padres biológicos, incluso puede ser cruel y desestabilizar sus emociones, con mayor razón si explícitamente ellas no han exteriorizado el interés en desarrollar tan vínculo.

136. Los conceptos recaudados coinciden en precisar que no pueden existir reglas abstractas sobre la conveniencia de mantener e incentivar la relación con los padres biológicos, a través de visitas, después de que el niño ha sido declarado en situación de adoptabilidad. En todo caso, destacan que se debe evitar incentivar esquemas negativos que puede afectarlos emocionalmente[150].

137. En suma, en el presente caso se configuró un defecto sustantivo, dado que el juez que decidió la homologación no aplicó, debiéndolo hacer, las disposiciones de la Ley 1098 de 2006 que indican que la declaratoria de adoptabilidad supone la terminación de la patria potestad y que, además de una interpretación sistemática de ella, había lugar a considerar que cesa la responsabilidad parental. En consecuencia, prima facie no se debieron haber ordenado la realización de tales visitas. Con mayor razón, si en el caso concreto no existía ninguna justificación excepcional que explicara por qué, en el marco del interés superior de las niñas, ellas debían propiciarse (ver supra, numerales 133 y 134).

La regla de decisión adoptada en la sentencia T-259 de 2018 no es aplicable al asunto que ahora se examina, dado que existen diferencias fácticas relevantes

138. Tal y como se ha dejado dicho, en el curso del proceso se ha puesto de presente que

uno de los fundamentos de la decisión de prever las visitas cuestionadas por la defensora de familia se desprende de lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-259 de 2018. Teniendo en cuenta tal circunstancia, la Corte estima del caso detenerse en el análisis de este asunto y, para el efecto, se referirá a la definición de precedente y a su interpretación.

139. La sentencia T-374 de 2017 indicó, apoyándose en la jurisprudencia previa de este Tribunal, que el precedente judicial es definido como “(...) la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”[151]. En tal dirección, se ha indicado que se trata de un mecanismo jurisdiccional que se sustenta en el principio de “estarse a lo decidido” y que consiste en la adopción de los criterios fijados en decisiones anteriores, con el fin de resolver casos posteriores que plantean circunstancias similares[152]. De acuerdo con ello, el precedente debe ser relevante o pertinente y, para ello, la autoridad judicial está obligada a determinar si la sentencia o el grupo de sentencias invocadas se ocuparon de un supuesto de hecho análogo al nuevo caso estudiado, de manera que su ratio decidendi[153] le sea aplicable:

“(...) la Sala ha recordado que la relevancia o pertinencia que pueda tener la sentencia o el grupo de sentencias para la solución de un caso nuevo, la determina la autoridad judicial a partir de la verificación de los siguientes aspectos: (i) su ratio decidendi contiene una regla relacionada con el caso posterior; (ii) esta ratio debió servir de base para resolver un problema jurídico análogo al que se estudia en el caso posterior; (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas deben ser semejantes o plantean un punto de derecho similar al que debe resolverse en el caso posterior”[154].

140. Los funcionarios judiciales cuando deben aplicar una norma jurídica al caso puesto a su consideración desarrollan mediante sus providencias “(...) un complejo proceso de creación e integración del derecho que dista de ser una simple aplicación mecánica de la ley”[155]. En este contexto, el respeto del precedente implica no sólo materializar los principios de igualdad de trato, confianza legítima y buena fe, sino también dar soluciones similares a casos análogos. Ello implica identificar los hechos relevantes para establecer si la decisión anterior constituye o no precedente aplicable al nuevo caso. Para ello, es

necesario fijar qué similitudes o diferencias son o deberían ser jurídicamente relevantes[156]. Así, lo concluyó la Corte Constitucional mediante el Auto 245 de 2012, en el que se pronunció sobre una solicitud de nulidad y concluyó que la providencia invocada como precedente se refería a un escenario distinto de protección, por lo cual no era relevante para el posterior caso resuelto o, en otros términos, existía disanalogía fáctica entre ambos.

141. Para concluir este tema, se debe indicar que desde la definición misma del precedente judicial, se contempla que la sujeción a un caso o un conjunto de casos anteriores supone la pertinencia y semejanza de tales respecto al nuevo problema jurídico estudiado. En este marco, se inscribe la disanalogía fáctica que supone establecer las similitudes o diferencias que sean jurídicamente relevantes para determinar si, realmente, la decisión anterior constituye un precedente aplicable o si, por el contrario, en la labor interpretativa del juez se puede concluir que el caso no es análogo y, por tanto, no tiene la fuerza de tal. De acuerdo con lo anterior, la distinción fáctica no supone una separación del precedente sino, en otra dirección, la negación de que una decisión anterior lo sea para el caso que se estudia. Por tanto, el precedente implica la existencia de casos análogos, siempre que la *ratio decidendi* o la regla que formuló el juez para resolver el problema jurídico planteado sea aplicable, para lo cual se debe verificar que exista un nexo o similitud entre los hechos de uno y otro caso, e identidad en el problema jurídico formulado.

143. Sobre este último aspecto, es decir, el referido a la valoración del consentimiento, la Sala encuentra oportuno presentar algunas consideraciones. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en consideración en el proceso que los involucre. Así, lo precisó el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989[157] al indicar que los Estados Partes deben garantizar que el niño, niña o adolescente –que esté en condiciones de formarse un juicio propio- exprese su opinión libremente en todos los asuntos que los afecten, “(...) teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”[158]. En efecto, la exteriorización de tal voluntad debe analizarse en un contexto que analice la madurez particular del menor de edad, ante determinada circunstancia, dado que la Corte ha indicado que los niños cuentan con una libertad y autonomía en desarrollo[159].

144. Sin embargo, el concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– es

concluyente en el hecho de que se debe valorar con especial cuidado la expresión de la voluntad sobre querer mantener el contacto con sus padres biológicos. En este marco, debe evaluarse si existen sospechas de influencias sobre esta decisión pues, incluso, los antecedentes de abuso -psicológico, sexual o tendencias manipulativas- pueden llevar a que el niño exteriorice su deseo de mantener el contacto, aun en perjuicio suyo.

144.1. Es posible que el perpetrador y la víctima creen ciertos vínculos como mecanismo de supervivencia del niño. No obstante, es indudable la importancia de considerar la voz de la persona que se encuentra directamente involucrada en la controversia, lo que permite -de acuerdo a lo indicado por el Colegio Colombiano de Psicólogos- considerar sus necesidades, deseos, miedos, inquietudes y sueños. Ahora bien, -de acuerdo a lo precisado por este Colegio- el derecho a ser oído no implica que su decisión sea vinculante, pues se reconoce que los niños no tienen sus facultades cognitivas y madurativas desarrolladas plenamente, por lo que es necesario que un profesional evalúe si los deseos de tales son reales[160].

144.2. El ICBF, en esta misma dirección, concluyó que existe una tendencia de toda persona a crear vínculos emocionales fuertes con determinadas personas, con lo cual ante un mínimo de relaciones positivas, bastará para que el menor de edad extrañe a sus padres biológicos en su ausencia:

“Un niño maltratado por sus padres puede desarrollar lazos de afecto hacia ellos, manifestando con posterioridad las consecuencias de este apego inadecuado. De hecho, son numerosas las investigaciones que señalan que un alto porcentaje de menores que han experimentado alguna forma de maltrato o desatención en su primera infancia tienen un patrón alterado en sus mecanismos de vinculación. Al contrario de los niños y las niñas que crecen en ambientes familiares en los que se responde de manera positiva y coherente a sus demanda de atención, afecto y ayuda (y que, consecuentemente, desarrollan apegos de tipo seguro, los que sufren situaciones de desatención, abandono o modalidades más dramáticas de malos tratos, desarrollan frecuentemente tipos de apego o bien inseguro o desorganizado y desorientado”[161].

145. Debe concluirse que la manifestación del menor de edad en el sentido de querer mantener el contacto con sus progenitores debe estudiarse con cautela. Su opinión debe incidir en la decisión que lo involucra, pero para ello deben considerarse factores en cada

caso concreto, y otros criterios que consideren las autoridades competentes, como (i) la edad; (ii) la madurez psicológica; y (iii) la comprensión sobre su situación, sin que los mismos deban ser taxativos, sino que se indican a título enunciativo. Todos estos elementos deben analizarse en el contexto de las evaluaciones del equipo interdisciplinario, con el fin de materializar el interés superior, en donde debe prestarse especial cuidado a las reacciones del niño, niña o adolescente en los contactos previo que se han efectuado con sus padres, lo cual es evidencia del nivel de riesgo al que se exponen, la fortaleza y la calidad del vínculo con ellos. Es importante señalar que en el caso objeto de revisión, como así se precisará más adelante, Juliana y Sofía manifestaron -tanto en las valoraciones efectuadas por parte del ICBF como en la del Juzgado de Familia de Soacha- no querer volver a ver a los padres biológicos.

Violación directa de la Constitución por el desconocimiento del interés superior del niño, niña y adolescente (art.44) al no haberse valorado las circunstancias que dieron origen a la declaratoria de adoptabilidad, las cuales impedían haber concedido las visitas

146. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, debe concluirse que el Juzgado de Familia de Soacha, mediante la sentencia del 17 de agosto de 2018, que declaró a Juliana y Sofía en situación de adoptabilidad y, pese a ello, ordenó que se continuaran realizando las visitas con sus padres biológicos hasta que culminara tal proceso, incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del Código de Infancia y Adolescencia y, además, violó, como causal específica de procedencia del amparo, la Constitución Política de 1991 pues le dio un alcance insuficiente al interés superior y prevalente de las menores de edad.

147. En adición a ello, limitó el alcance del proceso de declaratoria de adoptabilidad con sustento en la sentencia T-259 de 2018 que no era aplicable al caso estudiado, pues -se reitera- las niñas no habían exteriorizado la voluntad de permanecer en contacto con sus padres. Por el contrario, Juliana indicó en entrevista, realizada el 2 de junio de 2017, que no le gustaba vivir en su casa, no extrañaba a sus papás y mucho menos quiere vivir con ellos.[162] El 30 de mayo de 2018, en el “Informe Social Para Cambio de Medida Declaratoria de Adoptabilidad”[163], se precisó que la dinámica familiar “(...) es nula, con vínculos afectivos y lazos fraternales desligados, no existen relaciones familiares cercanas ni de apoyo que pudieran generar estabilidad emocional y familiar en Juliana y Sofía”[164].

148. Incluso el juez accionado concluyó que no existe arraigo con la familia y en el proceso se hizo evidente que tal relación era tan lejana que “las niñas no saben cómo se llaman sus padres”[165]. Sumado a lo anterior, reseñó el evidente desapego de las niñas en la relación con ellos y el miedo a regresar a estas condiciones, por lo cual consideró que permanecían los factores de riesgo que dieron origen a dicho proceso, entre los que se encontraba la inestabilidad emocional de los progenitores. En tal contexto, no es comprensible para la Corte por qué se ordenó que se efectuaran tales visitas, ante la inexistencia de una relación saludable y, no obstante que existió la exteriorización de las niñas o, al menos, su indiferencia por mantener un contacto con sus padres biológicos.

149. En síntesis, a juicio de este Tribunal tal determinación desconoció, en los términos en que fueron definidas en la sentencia T-510 de 2003, (i) la garantía del desarrollo integral del niño; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad; y (iii) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad.

150. Finalmente, debe decirse que la Corte no encontró evidencia sobre lo precisado por el Juzgado de Familia de Soacha en su intervención, en el sentido de que en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Centro Zonal de Soacha- en los procesos de restablecimiento de derecho de los niños, niñas y adolescentes hubiere privilegiado la separación de los niños de sus padres biológicos, ante la crisis social de tal municipio. Sin embargo, de conocer tales irregularidades y, con mayor razón al involucrar derechos prevalentes de menores de edad, deberá ponerlo de presente ante las autoridades competentes. Con todo, debe llamar la Corte la atención sobre las críticas recíprocas que en el curso del proceso fueron esgrimidas por el ICBF y por el Juzgado de Familia de Soacha, pues ello puede suponer una acción descoordinada y conflictiva entre las autoridades de familia, que podría impactar negativamente en el objetivo común de proteger y materializar, en cada caso, el interés superior de los niños, niñas o adolescentes.

151. De acuerdo con lo anterior y por los motivos expuestos, se confirmará la decisión proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el dos (2) de octubre de dos mil dieciocho (2018), en la cual -a su vez- se decidió confirmar la sentencia de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca del treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)[166], en la cual se ampararon los derechos de

Juliana y Sofía. En consecuencia, se ordenó al Juzgado de Familia de Soacha dejar sin efectos la determinación que concedió a los progenitores biológicos la posibilidad de visitarlas, dentro del proceso de homologación estudiado.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

152. Le correspondió a la Sala Cuarta de Revisión determinar si el Juzgado de Familia de Soacha, con ocasión de la sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciocho (2018), en donde se homologó la Resolución que las declaró en estado de adoptabilidad y requirió la realización de visitas entre las niñas Juliana y Sofía y sus padres biológicos, incurrió en los defectos (i) sustantivo por desconocimiento de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia- y (ii) violación directa de la Constitución, por haber desatendido el interés superior del menor (artículo 44).

153. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

(b) El hecho de que una providencia incurra en violación directa de la Constitución es un defecto autónomo y específico, que determina la procedencia de la acción de tutela. Tal puede darse, entre otros, cuando (i) se ignoran por completo principios o reglas constitucionales; (ii) se le da un alcance insuficiente a determinada disposición de la Constitución; o (iii) se omite aplicar la excepción de inconstitucionalidad, en aquellos eventos en los cuales ello sea procedente.

(c) La adopción es una medida de restablecimiento de derechos con fundamento constitucional en el artículo 44 de la Constitución, que permite garantizar que, ante la imposibilidad de sus padres biológicos, los niños, niñas y adolescentes puedan reintegrarse -de forma irrevocable- a un nuevo núcleo familiar. En similar sentido, el proceso de adopción ha sido desarrollado por la Ley 1098 de 2006. De acuerdo a esta normatividad, una de las maneras de activar dicha medida de restablecimiento de derechos es la declaratoria de adoptabilidad que, en un proceso administrativo, efectúe un Defensor de Familia como última ratio ante la gravedad de los hechos puestos a su consideración. Tal decisión produce respecto de los padres, la terminación de la patria potestad, a menos que ante la oposición, sea un juez de familia quien homologue la declaratoria de adoptabilidad, caso en el cual debe entenderse desde el momento en que se profirió tal providencia.

(d) En el caso estudiado, se concluyó que las autoridades administrativas y judiciales deben tratar de conservar la unidad familiar en los procesos de restablecimiento del derecho y de adopción, en virtud del artículo 44 de la Constitución que dispone la existencia del derecho en favor de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella. No obstante, en eventos excepcionales en los cuales se compruebe que mantener tal vínculo perjudica el interés superior de éstos, se debe proceder a declarar la adopción como última ratio. En estos últimos supuestos, la declaratoria de adoptabilidad y la homologación de ella terminan la patria potestad y la responsabilidad parental. Con todo, debe aclararse que el interés superior del menor debe valorarse de forma concreta y, por tanto, esto no necesariamente se opone a que en casos absolutamente excepcionales en donde se compruebe su satisfacción con tal decisión, pueda ordenarse la realización de visitas, como así lo precisó el Procurador Judicial -fundamento 132 de esta sentencia -.Sin embargo, el sustento de esta determinación no puede ser la existencia de derechos y deberes de los padres frente a sus hijos, pues como se explicó, para este momento tales han cesado plenamente, sino que debe justificarse con claridad que tal es la que decisión que menos afecta a los niños, niñas y adolescentes que se enfrenten a condiciones puntuales, por ejemplo, ante la existencia de una enfermedad terminal; o ante la manifestación de voluntad del menor de edad, en cuyo caso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° de la Ley 1098 de 2016, deberán ser escuchados los niños, las niñas y los adolescentes en el proceso de restablecimiento de derechos que los involucre y, si bien sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, la valoración sobre si deben proceder o no las visitas, deberá satisfacer el interés superior del menor y valorar las circunstancias que rodearon la manifestación de la voluntad.

154. Por lo anterior, la Sala concluyó que existe una carencia actual de objeto por una situación sobreviniente, dado que en Sede de Revisión Juliana -de 8 años- y Sofía -de 4 años-, según lo precisó el Juzgado de Familia de Soacha y el ICBF, fueron adoptadas. No obstante ello, la Corte se pronunció de fondo por la relevancia del asunto y determinó que el Juzgado de Familia de Soacha, mediante la sentencia del 17 de agosto de 2017, que declaró a Juliana y Sofía en situación de adoptabilidad y, pese a ello, ordenó que se continuaran realizando las visitas con sus padres biológicos hasta que culminara tal proceso, incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento del Código de Infancia y Adolescencia y violó, como causal específica de procedencia del amparo, la Constitución Política de 1991 pues le dio un alcance insuficiente al interés superior y prevalente del

menor de edad.

155. En tal dirección, se concluyó que el Juzgado de Familia de Soacha limitó los efectos de la declaratoria de adoptabilidad y del proceso de homologación en el marco de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia-, sin atender al interés superior de Juliana y Sofía y aplicando el precedente contenido en la sentencia T-259 de 2018, el cual era inaplicable ante las diferencias fácticas enunciadas. Es decir que el juzgado accionado dio un alcance insuficiente a la declaratoria de adoptabilidad, al (i) no suprimir la responsabilidad parental; (ii) no tener en consideración el desinterés de las niñas en seguir recibiendo las visitas de sus padres biológicos; y (iii) al mantener esta relación para materializar unos supuestos derechos de los padres que, ya para este momento, eran inexistentes y se oponían al interés superior de ellas.

156. De acuerdo con lo anterior y por los motivos expuestos, se confirmará la decisión proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el dos (2) de octubre de dos mil dieciocho (2018), en la cual -a su vez- se decidió confirmar la sentencia de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca del treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por el acaecimiento de una circunstancia sobreviniente, dado que en Sede de Revisión Juliana -de 8 años- y Sofía -de 4 años-, según lo precisó el Juzgado de Familia de Soacha y el ICBF, fueron adoptadas.

Segundo.- En lo demás CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el dos (2) de octubre de dos mil dieciocho (2018), en la cual se decidió confirmar la sentencia de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y se ampararon

los derechos de Juliana y Sofía y en consecuencia, se ordenó al Juzgado de Familia de Soacha dejar sin efectos la determinación que concedió a los progenitores biológicos la posibilidad de visitarlas, dentro del proceso de homologación estudiado.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Así se dio desde las primeras providencias en la materia, como la sentencia T-041 de 1996.

[2] Acción de tutela presentada el 22 de agosto de 2018. Folio 52 del cuaderno principal.

[3] Acta de la audiencia celebrada, el 17 de agosto de 2018, por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha Cundinamarca en la que se profirió fallo en el proceso de homologación, dentro de la actuación administrativa tendiente a restablecer los derechos de Juliana y Sofía. Folio 22 del cuaderno principal.

[4] “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

[6] Ibídem.

[7] Extracto de la denuncia tenido en cuenta como antecedente de la denuncia en el proceso administrativo de restablecimientos de derechos realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-. Folio 6 del cuaderno principal.

[8] Folios 26 del cuaderno principal. Acción de tutela.

[9] “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

[10] Ibídem.

[11] Ibídem.

[12] Ibídem.

[13] En tal entrevista, además, se indica que la niña –que asiste con su madre- después del año no ha estado en control médico, no cuenta con carné de vacunación y no se indica la razón por la cual las mismas no han sido aplicadas, presenta dificultades en el manejo de los esfínteres por todavía utilizar pañales y se evidencia inadecuada alimentación, así como insuficiencia en el tiempo destinado al sueño y baja talla. Informe de valoración nutricional del dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017). Folio 3 del cuaderno principal.

[14] Folio 29 del cuaderno principal. Acción de tutela.

[15] Folios 29 y 30 del cuaderno principal. Acción de tutela.

[16] Informe de valoración nutricional del veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017). Folio 4 del cuaderno principal.

[17] Ibídem.

[18] Informe de seguimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-. Folio 8 del cuaderno principal.

[19] Ibídem

[20] Ibídem.

[21] Ibídem. En específico, como fundamento de esta decisión se expone lo siguiente: “Dentro del proceso se puede deducir que no existe compromiso por parte de su familia en el desarrollo del mismo, sus progenitores no muestran interés, ni movilización durante el proceso administrativo de restablecimiento de derechos no se logró la vinculación a la familia extensa de las NNA (sic), se evidencia nula adherencia al mismo, por parte de los progenitores, quienes no cumplieron con proceso terapéutico e incumplieron con los seguimientos del área de psicología, desde el inicio se explicaron los compromisos adquiridos para lo cual no se dio cumplimiento, no se cuenta con reportes de atención recibida por la EPS, ya que hasta la fecha solo se cuenta con una sesión recibida por el señor Raúl, se desconoce los cambios en cuanto a sus condiciones de familia y sus capacidades morales para ejercer el cuidado adecuado de las NNA (sic),” // “Se evidencia desde el principio rechazo hacía sus progenitores por partes de las NNA, en donde solicitan en repetidas ocasiones durante los seguimientos que no quieren retornar a su núcleo familiar” // “Se identifica que los progenitores de las NNA (sic), son figuras poco garantes en el proceso de cuidado y protección de sus hijas, no muestran estabilidad frente al interés por restablecer los derechos de las menores, se evidencia negligencia y abandono por parte de su familia frente al cuidado y la garantía de sus derechos, negligencia de su progenitora frente al proceso y la protección Integral de las NNA (sic) negándoles un ambiente propicio para su desarrollo (...)”. Folios 9 y 10 del cuaderno principal.

[22] Folios 12 a 20 del cuaderno principal.

[23] Folio 13 del cuaderno principal.

[24] Folio 14 del cuaderno principal.

[25] Folio 18 del cuaderno principal.

[26] En Sede de Revisión, se aportó la Resolución No. 290 de 2018, por medio de la cual la Defensoría de Familia del Centro zonal de Soacha adopta esta determinación. Folios 32 a 53 del cuaderno de Revisión.

[27] Transcripción incluida en la acción de tutela. Folios 44 a 45 del cuaderno principal.

[28] Transcripción incluida en la acción de tutela. Folios 44 a 45 del cuaderno principal.

[29] Transcripción de audio incorporada a este proceso en el proceso de tutela por la Defensora de Familia, a solicitud del requerimiento del juez de instancia.

[30] Ibídem. Es necesario indicar que en este proceso de homologación se llevaron a cabo entrevistas con las menores y con su madre sustituta, quien indicó que "(...) al momento de recibir las niñas, venían en pijama, ambas con pañal desechable. Los zapatos de ambas rotos y pequeños y la pijama en muy mal estado. Agrega que venían sucias y con un mal olor muy fuerte, tenían piojos, dermatitis por ácaros, pañalitis, muy bajas de peso, SOFÍA con anemia a causa de los piojos. Dice que Sofía para tal época tenía tres años y aún no caminaba y no hablaba, mientras que Juliana venía muy bajita de peso y con un descuido evidente, que no traía esquema de vacunas y en el reporte de la EPS, nunca las habían llevado a un control médico y que para tal momento, ninguna de las dos sabía utilizar cubiertos pues comían con las manos". // "Se informa por parte de madre sustituta que durante el tiempo en que las niñas han estado bajo su cargo, nunca han tenido un horario de visitas con los padres, que ella no los conoce y que en tal sentido, desconoce los motivos por los cuales los señores no han visitado a sus hijas". Folios 23 a 26 del cuaderno de Revisión.

[31] En el folio 24 del cuaderno principal figura una copia del carné que acredita a Ángela Anyelid Galindo Gutiérrez como Defensora de Familia de la Regional Cundinamarca.

[33] Según el Registro Civil de Nacimiento Juliana nació el 16 de enero de 2011, por lo cual en la actualidad tiene 8 años. Folio 42 del cuaderno de Revisión.

[34] Sofía nació el 07 de julio de 2014, de acuerdo al Registro Civil de Nacimiento. Folio 40 y 41 del cuaderno de Revisión.

[35] Folio 46 del cuaderno principal. Acción de tutela.

[36] Folio 47 del cuaderno principal. Acción de tutela.

[37] Así como también solicita, como medida urgente, la suspensión de las visitas decretadas por el Juzgado de Familia de Soacha.

[38] Incluso, como medida urgente, solicitó suspender provisionalmente las visitas ordenadas por el Juzgado de Familia de Soacha. Explicó la Defensora de Familia que

mantenerlas podría causarles un daño irreparable “(...) teniendo en cuenta que a la fecha ya han llevado un proceso para la elaboración del duelo por la pérdida de la familia nuclear proyectando siempre (sic) a la vinculación de una nueva familia que garantice (sus) derechos”.

[39] A partir de lo anterior, como así se puso de manifiesto en el hecho 3, solicitó dejar sin efecto la orden de propiciar las visitas de los padres y vincular al Ministerio Público a la actuación correspondiente.

[40] Auto admisorio. Folio 54 del cuaderno principal.

[41] Según indica esta disposición: “[t]odos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción, serán reservados por el término de veinte (20) años a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial. De ellos sólo se podrá expedir copia de la solicitud que los adoptantes hicieren directamente, a través de su apoderado o del Defensor de Familia o del adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de su Oficina de Control Interno Disciplinario, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a través de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para efectos de investigaciones penales o disciplinarias a que hubiere lugar”.

[42] Folios 65 a 71 del cuaderno principal. Concepto emitido por representante del Ministerio Público sobre el caso de la referencia.

[43] Folio 71 del cuaderno principal.

[44] Folio 72 del cuaderno principal.

[45] Folio 74 a 76 del cuaderno principal.

[46] Folio 75 del cuaderno principal.

[47] Folio 75 del cuaderno principal.

[48] Folios 78 a 88 del cuaderno principal.

[49] Sin embargo, ni la Sala Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Cundinamarca (primera instancia), ni la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (segunda instancia), se pronunciaron sobre el amparo de pobreza solicitado. En este contexto, se debe considerar que la Corte se ha referido al amparo de pobreza para precisar que “es una institución de carácter procesal desarrollada por el Legislador para favorecer a las personas que por su condición socioeconómica no pueden sufragar los gastos derivados de un trámite judicial” Sentencia T-339 de 2018. Sin embargo, tal no es aplicable a un proceso de tutela, en virtud de que el artículo 86 de la Constitución dispuso que toda persona podrá acudir a esta acción por sí mismo y sin que ello implique ningún costo para el interesado. Asimismo, debe aclararse que esta solicitud se formuló para ser representado en el trámite de homologación que llevaba el ICBF. No obstante, para el día en que fue formulado, esto es el 30 de agosto de 2018, ya se había agotado dicho proceso y, por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152 del Código General del Proceso, la solicitud de amparo de pobreza no puede entenderse presentada de forma oportuna.

[50] Folio 87 del cuaderno principal.

[51] Folio 78 del cuaderno principal.

[52] Folios 89 a 96 del cuaderno principal.

[53] Folio 93 del cuaderno principal.

[54] Al respecto, se cita la sentencia T-264 de 2013.

[55] Folio 93 del cuaderno principal.

[56] Folio 95 del cuaderno principal.

[57] Folio 103 a 104 del cuaderno principal.

[58] Folio 103 del cuaderno principal.

[60] Folios 89 a 96 del cuaderno principal.

[61] Folios 2 a 8 del cuaderno de Revisión. Asimismo, a esta solicitud aportan algunos

dibujos que aseguran fueron realizados por las niñas en las visitas que pudieron realizarse por orden del juzgador de instancia.

[62] Folios 24 a 27 del cuaderno de Revisión.

[63] Folio 29 a 30 del cuaderno de Revisión.

[64] Folios 32 a 72 del cuaderno de Revisión.

[65] Folios 31 a 32 del cuaderno de Revisión.

[66] Folio 35 del cuaderno de Revisión.

[67] Folio 35 del cuaderno de Revisión.

[68] Folios 85 a 86 del cuaderno de Revisión.

[69] Folio 138 del cuaderno de Revisión.

[70] Folio 148 del cuaderno de Revisión.

[71] Folios 157 a 159 del cuaderno de Revisión.

[72] A esta intervención, se anexa un documento en el que se informa que Cristián Camilo renunció al proceso de adoptabilidad, porque le exigían llevar todos los días a las niñas al Centro Zonal de Soacha, condición que por razones de tiempo no podía cumplir. Asimismo, indica que nunca recibió amenazas de sus familiares para desistir de este proceso y que nunca fue citado para ningún “proceso de sensibilización”. Folio 159 a 160 del cuaderno de Revisión.

[73] A esta intervención también se aporta un escrito firmado por la señora *****, abuela de la niña, en donde niega haber indicado que la otra niña tuviera Síndrome de Down. Folio 161 a 162 del cuaderno de Revisión.

[74] Se aportan fotos de la familia y de las menores de edad cuando estaba vinculadas a este núcleo. Folio 163 del cuaderno de Revisión.

[75] Folios 181 a 184 del cuaderno de Revisión.

[76] Folios 85 a 86 del cuaderno de Revisión.

[77] Folios 99 a 103 del cuaderno de Revisión,

[78] La intervención fue presentada por Ana Violeta Granados Roa, quien es psicóloga y es estudiante de la Maestría en Psicología Clínica del Departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia.

[79] Folios 104 a 107 del cuaderno de Revisión.

[80] Milena Martínez Rudas.

[81] Folios 108 a 117 del cuaderno de Revisión.

[82] En esta intervención participaron dos Profesoras Asociadas del Departamento de Psicología: Elvia Vargas Trujillo, M. Ps., PhD, y Ana Lucía Jaramillo, PhD.

[83] Folios 118 a 128 del cuaderno de Revisión.

[84] Alejandro Londoño Valencia.

[85] Folios 130 a 137 del cuaderno de Revisión.

[86] Fabián Herrera Morales, Sociólogo y Magister en Familia y Desarrollo.

[87] Folio 139 a 146 del cuaderno de Revisión.

[88] En particular, el concepto es suscrito por la Directora (e) de la Oficina Asesora Jurídica, Mónica Alexandra Cruz Omaña.

[89] Carlson, Cicchetti, Barnett y Braunwald.

[90] Ver sentencia T-395 de 2016.

[91] El artículo 86 de la Constitución Política dispone que: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten

vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...).”.

[92] En esta providencia se estudió una acción de tutela interpuesta por una Defensora de Familia en contra de la sentencia producto de un proceso de homologación de medida de adoptabilidad de niños, niñas y adolescentes.

[93] La Constitución no prevé un término de caducidad para presentar la acción de tutela. En el artículo 86 se indica que puede ser interpuesta “(...) en todo momento y lugar”. Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que el presupuesto de inmediatez es necesario para declarar que la acción de tutela es procedente. Esta exigencia presupone que el accionante acuda a la acción de tutela en un término razonable desde que se produjo el hecho en el que funda la violación del derecho. No obstante, esta exigencia debe ser analizada en atención a la proporcionalidad entre los medios y fines, derivados de las circunstancias fácticas expuestas en la acción de tutela, sin que pueda exigirse de antemano un término máximo para la interposición, como así se explicó en la sentencia SU-961 de 1999.

[94] Folios 25 y 52 del cuaderno principal.

[95] Ver sentencia SU-399 de 2012

[97] En tal dirección se indicó que “(...) en materia de interpretación judicial los criterios para determinar la existencia de una irregularidad son restrictivos, pues se supeditan a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria a derecho. De allí que la simple discrepancia o la no coincidencia respecto de la hermenéutica del operador jurídico por parte de los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales, no invalida la actuación judicial, debido a que se trata de una vía jurídica distinta para resolver el caso concreto, pero en todo caso compatible con las garantías y derechos fundamentales y particularmente deja a salvo la autonomía funcional del juez como fundamento de la aplicación razonable de las normas jurídicas”. Ver sentencia SU-399 de 2012.

[98] Ibídem.

[99] La sentencia C-590 de 2005 reconoció a la violación directa de la Constitución como

una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. La sentencia T-178 de 2012 indicó que la citada providencia “le confirió tanta autonomía como la que institucionalmente han tenido los defectos fáctico, sustantivo propiamente dicho, orgánico, procedimental, por consecuencia, por desconocimiento del precedente y por decidir sin motivación suficiente. Al hacerlo no modificó, por supuesto, el sentido específico que la jurisprudencia anterior le había atribuido, aunque sí la inicial importancia que al comienzo le reconoció”.

[100] El inciso primero del artículo 4° de la Constitución Política de 1991 dispone que “[l]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

[101] Ver sentencia T-555 de 2009, reiterada por múltiples providencias, entre las que se encuentra la sentencia T-084 de 2010.

[102] Ver sentencia SU-132 de 2013.

[103] Al respecto, es posible consultar sentencias como T-466 de 2016 y T-475 de 2016.

[104] De conformidad con el artículo 20 del Código de Infancia y Adolescencia o Ley 1098 de 2006 los derechos de los niños, niñas o adolescentes comprenden los derechos de protección contra (i) el abandono físico, emocional y psicoactivo de los padres, (ii) su explotación económica, (iii) el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización, (iv) la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad, (v) el secuestro, la trata de personas, la esclavitud o la servidumbre, (vi) las guerras y los conflictos armados internos, (vii) el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, (viii) la tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria, (ix) la situación de vida en calle, (x) los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin, (xi) el desplazamiento forzado, el trabajo que pueda afectar la integridad física del menor o interferir con su educación, (xii) el maltrato infantil, (xii) el contagio de enfermedades

infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, las minas antipersonales, entre otros.

[105] Ver sentencia T-311 de 2017, al recoger los supuestos expuestos en la sentencia T-510 de 2003.

[106] Artículo 6° del Código de Infancia y Adolescencia.

[107] Artículo 9° del Código de Infancia y Adolescencia.

[108] Artículo 18 del Código de Infancia y Adolescencia.

[109] El inciso 1° del artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 preceptúa que “[l]a responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

[110] En la sentencia SU-642 de 1998 esta Corporación estudió el caso de una menor de cuatro (4) años de edad, quien debía asistir a un jardín manejado por la penitenciaría “La picota” en donde su padre se encontraba recluso, pero para su admisión debía cortarse el pelo para evitar el contagio de piojos, circunstancia que, según se manifestó en la acción de tutela desconocía su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esta providencia se decidió conceder este derecho en favor de la menor tras considerar que “no existe duda alguna de que todo colombiano, sin distinción alguna de edad, es titular del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual, como lo ha manifestado la Corte, constituye emanación directa y principal del principio de dignidad humana (C.P., artículo 1°). Sin embargo, el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros. Ciertamente, en tanto lo que este derecho protege son las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuanto más

desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia (...)”

[111] La sentencia T-278 de 1994 indicó que la familia, junto con la sociedad y el Estado, tienen el deber de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, lo que incluye la protección contra toda forma de abandono y violencia. En consecuencia, se afirmó que “[l]a familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de los que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana. Es pues, en el ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por ende la futura felicidad del ser humano”. Frente a este último, debe decirse que (i) en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989 se indica que los Estados Partes deben reconocer que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad, debe crecer en una familia con un ambiente de felicidad[111] y (ii) que en el artículo 1° de la Ley 1098 de 2006 se indicó que la finalidad de esta ley es la de garantizar que los niños y adolescentes crezcan en una familia y comunidad “(...) en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

[112] El artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 indica que “[l]a responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”. // “En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

[113] Al respecto, es posible consultar el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006.

[114] Numeral 1° del artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

[115] Artículo 41 de la Ley 1098 de 2006.

[116] Artículo 50 de la Ley 1098 de 2006.

[117] Ver sentencia T-572 de 2009, reiterada en detalle en la sentencia T-512 de 2017. En esta dirección, la sentencia T-276 de 2012 indicó 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 familiar; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño; (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”.

[118] El artículo 44 de la Constitución dispone que el derecho a tener una familia es fundamental para los niños, niñas y adolescentes.

[119] Ver sentencia T-587 de 1998.

[120] Al respecto, es posible consultar lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución.

[121] Desde el artículo 98 de la Ley 1098 de 2006, en adelante, se destallan exhaustivamente las exigencias de la actuación administrativa de restablecimiento del derecho.

[122] El numeral 14 del artículo 82 de la Ley 1098 de 2006 preceptúa que le corresponde al Defensor de Familia “[d]eclarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente”. En consecuencia, el inciso primero del artículo 63 de tal normatividad indica que “[s]ólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres”.

[123] Ver sentencia T-376 de 2014.

[124] Así lo ha reconocido de tiempo atrás esta Corporación, incluso en vigencia de la anterior normatividad. La sentencia T-079 de 1993 indicó, en el marco legal del momento, que “[l]a declaración de abandono – acompañada de la medida de protección consistente en la iniciación de los trámites de adopción – produce ipso iure la pérdida de la patria potestad (C. del M., art. 60), salvo que se presente oportunamente oposición a la resolución administrativa por parte de las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza o la educación del menor (C. del M., art. 61). La drasticidad de una decisión semejante para la familia y los derechos de sus miembros llevó al legislador a prever el mecanismo de la homologación judicial como garantía judicial de esta clase de resoluciones”. //”La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa. Aunque el trámite de la homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado examinar el fondo de la decisión. Contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno (C. del M., art. 63)”.

[125] Por su parte, el inciso séptimo del artículo 100 del Código de Infancia y Adolescencia preceptúa que “[r]esuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los quince (15) días siguientes a su ejecutoria, alguna de las partes o el Ministerio Público manifiestan su inconformidad con la decisión. El Ministerio Público lo solicitará con las expresiones de las razones en que funda su oposición”.

[126] Artículo 119 de la Ley 1098 de 2006.

[127] Ver sentencia T-1042 de 2010.

[128] La sentencia T-671 de 2010 indicó que “(...) el juez natural, en el marco del proceso de homologación, la función de control de legalidad de la resolución de adoptabilidad va más allá de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo. Es así, que con presentarse la oposición por parte de los padres o de los familiares o con el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades

administrativas competentes, el asunto merece la mayor consideración y adecuado escrutinio de la autoridad judicial con el fin de que exista claridad sobre la real garantía de los derechos fundamentales del niño, la niña o el adolescente involucrado y de su interés superior”. Al respecto, es posible consultar la sentencias T-262 de 2018 y T-468 de 2018.

[129] Ver sentencia T-664 de 2012.

[130] Ver sentencia T-502 de 2011.

[131] Así se ha explicado en sentencias como la T-500 de 1993.

[132] STC3599-2015. Radicación N° 76111-22-13-000-2015-00031-01. Aprobado en sesión de veinticinco de marzo de dos mil quince

[133] Folio 11 y 12.

[134] En particular, la Corte Suprema de justicia se refiere a la sentencia T-266 de 2012, en un caso de pérdida de patria potestad, en el que se concluyó lo siguiente: «[E]n síntesis, cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad, sin perjuicio de que, en todo caso, se mantengan vigentes las obligaciones morales y pecuniarias que les corresponden como padres, surgidas de la relación natural que existe entre ellos, y que son ineludibles en su observancia. Es necesario recordar que el régimen de visitas pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación que no se extinguen con la pérdida de la patria potestad».

[135] En esta providencia se estudió una demanda presentada contra el artículo 62 del Código Civil, sobre la disposición (parcial) que establecía que “Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio”. Entre las consideraciones que son citadas por la sentencia T-259 de 2018 están las siguientes: “Para la Corte, el hecho de que el padre o la madre, o ambos, no ejerzan la patria potestad, no significa que se liberen de su condición de tal, y, por tanto, del cumplimiento de sus deberes paterno filiales. En realidad,

la pérdida o suspensión de la patria potestad, se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación”. No obstante, esta cita en realidad hace referencia a la sentencia C-997 de 2004, que es retomada en la sentencia C-145 de 2010.

[136] En esta sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo 310 del Código Civil, ante una demanda que cuestionó esta disposición, la cual hace referencia a la suspensión de la patria potestad. Sin embargo, se debe considerar que la demanda se refirió a la suspensión de la patria potestad por la palabra “cónyuges”. En consecuencia, la Corte en la parte resolutive dispuso declarar inexecutable esta expresión y, en su lugar, sustituirla por la expresión “padres”.

[137] La sentencia de la referencia estudió una demanda presentada contra el artículo 149 del Código Civil y, en particular, a la expresión que refería que “si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de este los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuviere medios para ello, y de no, serán del que los tenga”. En efecto, en la parte resolutive de esta providencia se declaró inexecutable la expresión demandada.

[139] Artículo 50 de la Ley 1098 de 2006.

[140] Artículo 61 de la Ley 1098 de 2006.

[141] Ver sentencia T-484 de 2016. Al respecto es posible consultar también la sentencia T-419 de 2017 en donde se concluyó, en el caso objeto de estudio, que debía optarse por esta categoría pues, “(...) si bien la pretensión de la accionante no fue satisfecha, en términos de un hecho superado; tampoco, se produjo una afectación a sus derechos fundamentales, que configure un daño consumado”.

[142] Ver sentencia T-203 de 2013 y T-714 de 2016.

[143] Ver sentencia T-585 de 2010.

[144] *Ibíd.*

[145] Ver sentencia T-502 de 2011.

[146] Como se indicó líneas atrás, la Corte Suprema de Justicia se refiere a la sentencia T-266 de 2012, en un caso de pérdida de patria potestad, en el que se concluyó lo siguiente: «[E]n síntesis, cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad, sin perjuicio de que, en todo caso, se mantengan vigentes las obligaciones morales y pecuniarias que les corresponden como padres, surgidas de la relación natural que existe entre ellos, y que son ineludibles en su observancia. Es necesario recordar que el régimen de visitas pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación que no se extinguen con la pérdida de la patria potestad».

[147] En esta providencia se estudió una demanda presentada contra el artículo 62 del Código Civil, sobre la disposición (parcial) que establecía que “Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio”. Entre las consideraciones que son citadas por la sentencia T-259 de 2018 están las siguientes: “Para la Corte, el hecho de que el padre o la madre, o ambos, no ejerzan la patria potestad, no significa que se liberen de su condición de tal, y, por tanto, del cumplimiento de sus deberes paterno filiales. En realidad, la pérdida o suspensión de la patria potestad, se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación”. No obstante, esta cita en realidad hace referencia a la sentencia C-997 de 2004, que es retomada en la sentencia C-145 de 2010.

[148] En esta sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo 310 del Código Civil, ante una demanda que cuestionó esta disposición, la cual hace referencia a la suspensión de la patria potestad. Sin embargo, se debe considerar que la demanda se refirió a la suspensión de la patria potestad por la palabra “cónyuges”. En consecuencia, la Corte en la parte resolutoria dispuso declarar inexecutable esta expresión y, en su lugar, sustituirla por la expresión “padres”.

[149] Expresión utilizada por tal disposición.

[150] En particular, el Departamento de Psicología de la Universidad Nacional señaló que en situaciones de maltrato y abuso físico, psicológico o sexual por parte de los familiares biológicos, se encuentran mejores resultados al prohibir el contacto con estas figuras que al mantenerlo. Permitir que tales visitas se realicen puede afectar la confianza en sí mismo del niño, niña y adolescente, así como transgredir su estabilidad emocional. La Universidad de los Andes, en esta dirección, indicó que ello puede incrementar la posibilidad de perpetuar el patrón de abuso por parte de los padres biológicos. Con mayor razón, si los peores resultados de tal contacto se han encontrado en los niños que han tenido un historial de maltrato en sus hogares. Por ello, el Programa de Psicología de la Universidad de Manizales sugirió que si los fundamentos de la declaratoria de adoptabilidad tienen relación con el abandono –entre otros-, se debe ser especialmente cuidadoso con las posibles afectaciones en la salud mental y retirar a los niños de manera inmediata. Esta conclusión fue apoyada por el Programa de Sociología de la Universidad de Caldas que expuso que al existir una inminente amenaza a la integridad física, el vínculo no aporta a la construcción de la confianza en sí mismo y, por tanto, debe desincentivarse que los padres biológicos continúen viéndose con sus hijos, quienes –además- ya han sido declarados en situación de adoptabilidad.

[151] Ver sentencia SU-354 de 2017

[152] Ibídem.

[153] En la sentencia SU-047 de 1999 se explicó que “la razón de la decisión” debe entenderse como la formulación general del principio, regla o formulación abstracta que constituye la base de la decisión específica, esto es el fundamento normativo directo de la parte resolutive de la providencia. En consecuencia, la ratio decidendi de una providencia resulta de obligatoria aplicación para los jueces en casos similares. A su vez en la sentencia T-292 de 2006 se conceptualizó como “(...) aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuáles sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive”.

[154] Ver sentencia T-374 de 2017.

[155] Ver sentencia T-166 de 2016.

[156] En esta dirección, Frederick Schauer explicó en su libro “Pensar como un abogado” que la determinación de la semejanza –o de las diferencias– relevantes determinarán si cierto caso es aplicable como precedente y, en consecuencia, existirá una tensión entre la parte que quiere que los sea y la que no. Páginas 105 a 109.

[157] Colombia ratificó tal convención, mediante la Ley 12 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”.

[158] En similar sentido, es posible consultar el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 1098 de 2006.

[159] Ver sentencia SU-642 de 1998.

[160] En particular, se indica que “[m]uchas veces las verbalizaciones, lógicas por el vínculo, o al contrario, lógicas por la mala situación, exteriorizan emociones de tristeza a rabia, que no son medidas directas a lo que el menor necesita”. Por su parte, la facultad de Psicología de la Universidad de Manizales aseguró que debe evaluarse el nivel de desarrollo psicológico del niño, niña y adolescente y si es posible que, en atención al caso concreto, él se identifique con su agresor, al ser la figura adulta encargada de su cuidado.

[161] Carlson, Cicchetti, Barnett y Braunwald.

[162] En tal oportunidad, se reitera que la niña indicó que “YO NO QUIERO A MIS PAPÁS, NO QUIERO VIVIR CON ELLOS, yo quiero estar acá, porque acá me quieren, me bañan, me dan comida, salimos a comer helado, vamos a fiestas, me dan comida, en las fiestas me dan pastel. No los quiero volver a ver, quiero estar con mi tía (madre sustituta), no quiero estar con ellos porque ellos no me dan comida, no me bañan, ni me llevan al parque, con ellos estaba llena de piojos y mi hermana Sofía también. (¿) CUÁNTAS VECES FUISTE AL MÉDICO (?) CONTESTÓ JULIANA: No, mis papás nunca me llevaron al médico ¿El día en que vinimos acá recuerdas? Llegamos todas sucias, empijamadas y llenas de piojos, mi tía sí nos ha llevado al médico, ahora sí estoy bonita (...)”.

[163] Folios 12 a 20 del cuaderno principal.

[164] Folio 14 del cuaderno principal.

[165] Transcripción de audio incorporada a este proceso en el proceso de tutela por la Defensora de Familia, a solicitud del requerimiento del juez de instancia.

[166] Folios 89 a 96 del cuaderno principal.