

## Sentencia T-510/03

### INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Concepto

El interés superior del menor refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, 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.

### INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Determinación en casos concretos

### INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

### DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR-Garantía

Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

### DERECHOS DEL MENOR-Garantía de las condiciones para su pleno ejercicio

Estos derechos incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.

## DERECHOS DEL MENOR-Protección frente a riesgos prohibidos

Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

## EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS DE LOS PADRES Y DE LOS NIÑOS

Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor - tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo.

## DESARROLLO DEL MENOR-Provisión de un ambiente familiar apto

Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o

acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

RELACIONES PATERNO MATERNO FILIALES-Razones poderosas por parte del Estado para intervenir

El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Alcance

DERECHOS DEL NIÑO-Protección constitucional especial

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Circunstancias de procedencia para separación de familia biológica

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Idoneidad del grupo familiar

DERECHOS DE LOS PADRES-Alcance

MATERNIDAD-Derechos y deberes

PRESUNCION A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLOGICA-Condiciones de aplicación

Existe tanto en el derecho constitucional como en el internacional, y en sus desarrollos legales, una presunción a favor de la familia biológica, en el sentido de que ésta se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita. Esta presunción, que se deduce del mandato del artículo 44 Superior según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia, y forma parte de los criterios jurídicos existentes para determinar el interés superior de menores en casos concretos, no obedece a un "privilegio" de la familia natural sobre otras formas de familia -

ya que todas las distintas formas de organización familiar son merecedoras de la misma protección -, sino al simple reconocimiento de un hecho físico: los niños nacen dentro de una determinada familia biológica, y sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes. El derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa prima facie, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario.

PRESUNCION A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLOGICA-Condicion para desvirtuarse

ADOPCION-Requisitos de idoneidad

ADOPCION-Alcance

ADOPCION-Orientado a la búsqueda del interés superior del menor

ADOPCION-Carácter subsidiario

ADOPCION-Finalidad

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Alcance

Toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cuál opción seguir, entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. La obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de estos principios, implica fijar condiciones especiales para la manifestación del consentimiento en los casos en que la expresión libre y autónoma de la voluntad, con relación a un ámbito celosamente protegido por la Constitución Política, depende de poder hacerlo en determinada oportunidad, de acuerdo con un conjunto de conocimientos específicos o con base en el uso de ciertas habilidades. Por eso, en ocasiones, se exige que el consentimiento sea informado, es decir, apoyado en la información necesaria que le permita a la persona comprender el significado, el riesgo, el alcance y los efectos principales de su decisión.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Exigencia constitucional

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y CUALIFICADO-Alcance

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Decisión de los padres

En el caso del consentimiento de “dar en adopción” la decisión la toman los padres, aun cuando el menor esté en capacidad de pronunciarse. Al manifestar su consentimiento de “dar en adopción” los padres toman una decisión que les compete y los afecta directa y permanentemente. La afectación es grande por cuanto consiste en determinar si se quiere mantener o no, por el resto de la vida, el lazo de filiación con un hijo. Y les compete, en la medida que de acuerdo a la ley, quien toma esta decisión es quien ejerce la patria potestad sobre el menor que se vaya a dar en adopción. No se trata por tanto de un consentimiento sustituto, que se otorga en nombre de otro ante la imposibilidad de que se manifieste; se trata de la decisión libre y autónoma de considerar, en virtud de la patria potestad y de acuerdo al interés superior del niño, que la mejor decisión posible es entregar al menor en adopción.

ADOPCION-Consentimiento de la madre biológica

Uno de los prejuicios contra una mujer que entrega un hijo en adopción es considerarla “una mala madre”, “una madre insensible” capaz de haber abandonado al ser que se gestó en sus entrañas. Sin desconocer que existen casos en los que tal situación puede suceder, de hecho, usualmente no ocurre así; tan sólo se trata de un juicio precipitado que se suele hacer de las madres que toman esta decisión, previo a cualquier análisis o consideración del caso específico.

ABANDONO-Alcance

ABANDONO Y SEPARACION-Diferencias

ADOPCION-Legitimidad de la madre para considerar su propio interés sin anteponerlo al del menor

Las consideraciones que haga una madre de su interés propio a la hora de decidir si entrega en adopción a su hijo o no, son legítimas constitucionalmente. El derecho a la autonomía

personal protege las consideraciones de la mujer acerca de su proyecto de vida y el lugar que dentro de él tendría un hijo o una hija. No obstante, en caso de que exista un conflicto irresoluble entre los intereses de la madre y el interés superior del menor, deberá primar este último.

ADOPCION-Manifestación de la madre no implica el derecho de separarse de su hijo

El hecho de que una madre manifieste su voluntad de entregar un hijo en adopción no implica necesariamente que esa sea también su intención y su deseo. Las circunstancias pueden llevar a una madre a concluir que el interés superior de sus hijos implica, necesariamente, alejarse de ellos en contra del deseo de vivir a su lado.

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Pautas en la interpretación de la normatividad

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Libre de vicios

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Debe ser informado y asesorado

CODIGO DEL MENOR-Criterio cuantitativo respecto al consentimiento informado para dar en adopción

El criterio que contiene el Código del Menor, según el cual se debe informar ampliamente, es de carácter cuantitativo, es decir, hace referencia a la cantidad de información. No puede darse una información sucinta, general, vaga, superficial o excesivamente básica. Es preciso dar toda aquella información que sea relevante y pertinente para lograr una cabal comprensión de la institución del consentimiento para dar en adopción y, por supuesto, de la institución de la adopción misma. En especial, es relevante y pertinente que se informe acerca de las consecuencias jurídicas de dicho consentimiento así como del plazo para revocarlo y de los efectos del vencimiento de dicho plazo cuando el consentimiento no es revocado. También lo es que se informe sobre las alternativas a la adopción y el apoyo que eventualmente puede exigir la madre o los padres, cuando el motivo que lo llevó a dar a su hijo en adopción es la falta de recursos económicos para mantenerlo. Adicionalmente se debe dar toda aquella información que se requiera en el caso concreto y deben responderse todas las preguntas que se formulen.

CONVENCION DE LA HAYA-Criterio cualitativo respecto al consentimiento informado para dar

en adopción

El criterio establecido por la Convención de la Haya, según el cual la persona que va a consentir debe ser debidamente informada, es de carácter cualitativo. Este no hace referencia a la cantidad de información que se debe dar (amplia) sino a la forma y manera en que ésta debe proveerse. En esta medida, es preciso que los funcionarios que se ocupen de ilustrar a una madre sobre los efectos de la adopción, se tomen el tiempo y el trabajo necesarios para que la madre biológica, o quien otorgue el consentimiento, logre dimensionar los alcances de su decisión. No se puede informar de manera escueta, no se puede emplear un vocabulario o una terminología extraña a quien está siendo informado. No se puede transmitir una gran cantidad de datos, reglas y principios, muy rápidamente, sin brindar espacio para que esa información se decante. No basta pues, contar toda la información a la persona, es necesario establecer si efectivamente fue asimilada y comprendida a un grado tal, que sirva para fundar la decisión de dar el consentimiento; de no ser así, se puede concluir que la persona no fue debidamente informada.

CONSENTIMIENTO AMPLIO Y DEBIDAMENTE INFORMADO PARA DAR EN ADOPCION-Término de reflexión para decidir sobre dar en adopción

Para que una persona pueda ser amplia y debidamente informada debe brindársele un tiempo de reflexión. Una vez que los funcionarios le proporcionan a la madre, o a quien ejerza la patria potestad del menor, la información que constitucional y legalmente se requiere para emitir el consentimiento de dar en adopción, es preciso concederle un tiempo en la mayor calma y tranquilidad posible para permitir que la información pueda ser repasada y analizada. Es en este momento en que la madre o quien ejerza la patria potestad, podrá meditar respecto a lo que se le dijo, sopesar las consecuencias de su eventual decisión y concretar las dudas que tiene. Sólo después de haber tenido un espacio de reflexión se podrá saber si se desea o no, en realidad, asumir las consecuencias de la decisión de dar en adopción.

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Asesoría para tomar la decisión/DEFENSOR DE FAMILIA-Asesoría a la madre que va a dar en adopción

No basta con que se le brinde la información a la persona y se asegure que la comprendió cabalmente; se requiere también que la persona sea convenientemente asesorada. Esto es,

la madre, o la persona que ejerza la patria potestad, debe ser aconsejada y guiada. No basta con suministrar amplia y debidamente la información si quien la recibe no la comprende realmente en su cabal dimensión y alcance, ni sabe cómo usarla y qué consecuencias se derivarán de decidir algo al respecto. Solo a partir de ese grado de conciencia sobre el acto propio se puede entender que el consentimiento fue pleno. El Defensor de Familia debe asesorar a la madre que va a tomar la decisión de dar un menor en adopción o asegurarse de que esta reciba la asesoría completa, adecuada y oportuna. Debe hacerle ver las posibles alternativas de solución, las diferentes opciones con que cuenta para enfrentar la situación que atraviesa. Ayudarle a reflexionar sobre los prejuicios que pueden afectar la decisión, en especial cuando se advierte que la madre está angustiada. Su consentimiento no sólo debe ser libre por no ser producto de la fuerza, el engaño o el error, deber ser libre también por no ser fruto principalmente de la presión social, de la presión económica, de la ignorancia o de la desesperación transitoria.

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Aspectos que deben ser informados

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Debe ser apto

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-No es válido antes del nacimiento

En la norma internacional y en la nacional se deja sin ningún tipo de validez el consentimiento que otorgue una madre de dar en adopción su hijo o su hija antes del nacimiento, pues se considera que la madre en estas condiciones no pueden ejercer libre y autónomamente, en forma plena, su voluntad. Una vez se inicia el embarazo, existen circunstancias que pueden llevar a una mujer a considerar que la mejor opción para su futuro hijo, y también para el proyecto de vida de ella, es entregarlo en adopción. Sin embargo, con el paso de los días el embarazo trae innumerables cambios y transformaciones tanto físicas como psíquicas, debido a los cambios hormonales. Durante los nueve meses de embarazo, se altera el cuerpo en forma tal que las visiones y representaciones de sí misma se transforman. Los cambios que experimenta una madre la pueden llevar a ser otra en un sentido muy profundo, y quizá el ser que inicialmente fue motivo de rechazo, luego lo sea de ilusión.

CONSENTIMIENTO APTO DE LA MADRE PARA DAR EN ADOPCION-Parámetros a tener en cuenta

Los parámetros que se han de tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento apto son: (1) no puede ser en el momento del parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes -esto en un lenguaje inteligible para los no abogados-; y (5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado.

#### CONSENTIMIENTO APTO DE LA MADRE PARA DAR EN ADOPCION-Contacto previo con su hijo

Carece de cualquier tipo de idoneidad constitucional el consentimiento de dar en adopción que responda al interés de recibir cualquier tipo de beneficio de carácter económico, a cambio de la entrega de un hijo o hija. La introducción de esta disposición en la Convención de la Haya no sólo se inspira en el respeto de valores como la dignidad humana o la protección prevalente del interés superior del menor. Su existencia también se debe a la necesidad de responder a la trágica realidad antes anotada: muchos niños provenientes de países en vías de desarrollo son objeto de comercio y venta en países desarrollados.

#### CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Requisitos

El consentimiento para dar en adopción debe, además de ser libre de vicios, es decir, exento de error, fuerza y dolo: reunir los siguientes requisitos: (i) ser apto, esto es, otorgado en un momento en cual la persona se encontraba en un estado anímico y emocional estable, fuera de alteraciones físicas o psicológicas o plenamente consciente de ellas, como se señaló en el apartado 7.2.4.2 y luego de haber tenido acceso al menor; (ii) ser amplia y debidamente informado, para lo cual los funcionarios competentes deben brindar toda la información necesaria para que quien va a dar en adopción pueda comprender plenamente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión como se anotó en el apartado 7.2.3 de esta sentencia. Para ello es preciso que se emplee un lenguaje claro e inteligible para la persona en cada caso y se le dé oportunidad de reflexionar y formular inquietudes al

respecto; (iii) ser convenientemente asesorado, lo que implica que los funcionarios además de brindar información a la persona, deben ayudarle a usarla, y en general, acompañarla en la toma de la decisión en especial respecto de las consecuencias jurídicas y prácticas de su acto y de las circunstancias en que está emitiendo su consentimiento así como de las alternativas que tiene a su alcance; y (iv) el consentimiento no puede darse en contraprestación de un beneficio económico.

#### ADOPCION-Carácter irrevocable

La irrevocabilidad consiste en la imposibilidad que tienen los padres biológicos para dejar sin efectos su manifestación de voluntad de dar en adopción a su hijo o hija. En efecto, la principal razón para que exista la irrevocabilidad es la protección del menor. Los sistemas jurídicos impiden que la madre, o quien ejerza la patria potestad, revoque el consentimiento de dar en adopción más allá de un período específico de tiempo, por la misma razón que establecen que la decisión de los padres adoptantes de querer adoptar, tampoco es revocable: salvaguardar la estabilidad de las condiciones de vida del menor, en el seno de una familia que propicie un ambiente adecuado para su desarrollo integral. La existencia misma de las condiciones de irrevocabilidad es, a su vez, un elemento normativo importante que ayuda a que las partes involucradas adviertan la importancia de la decisión a tomar. Es pues, un segundo propósito de la medida, propiciar unas reglas de juego claras que aseguren que las decisiones que se tomen sean seguras, serias y estables.

#### CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Plazo para revocarlo

El consentimiento para dar en adopción, puede ser revocado durante un plazo de treinta días, a partir del momento en que éste es otorgado; posteriormente es irrevocable siempre que haya sido no solo válido civilmente sino idóneo constitucionalmente.

#### CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Procedimiento humano y sensible

El proceso debe respetar la dignidad humana de todos los involucrados. En este caso, la dignidad de las diferentes partes involucradas está comprometida en un alto grado, en especial la del menor, pero también la de los padres, tanto los biológicos como la de los adoptivos. Los funcionarios encargados de adelantar este trámite deben ser sensibles ante las dificultades emocionales y afectivas que este proceso conlleva, en todos y cada uno de

los momentos del procedimiento. El respeto al principio de dignidad así lo exige.

NOTIFICACION DEL PROCESO DE MEDIDA DE PROTECCION-Alcance

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Debe ser amplio y debidamente informado

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Momento de la manifestación

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Aviso antes del vencimiento del término para revocarlo

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Procedimiento

Un debido proceso mínimo para manifestar el consentimiento de dar en adopción (i) debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas; (ii) conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección; (iii) debe prever un momento en el que se de amplia y debida información; (iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y (v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento.

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Presupuestos de la irrevocabilidad del consentimiento

La regla de la irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción, pasado un mes de haber sido otorgado, presupone (1) que éste existió, (2) que fue válidamente dado, y (3) que fue constitucionalmente idóneo.

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Si no es idóneo constitucionalmente no se aplica la regla de la irrevocabilidad

Cuando el consentimiento de dar en adopción no es idóneo constitucionalmente, no se verifica el supuesto normativo necesario para que sea aplicable la regla de la irrevocabilidad de éste a los treinta días de otorgado.

CONSENTIMIENTO PARA DAR EN ADOPCION-Incumplimiento de requisitos

Referencia: expediente T-722933

Acción de tutela instaurada por Beatriz contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Regional Nariño.

Temas:

- Interés superior del menor, criterios para determinarlo
- Interés superior del menor en los procesos de adopción
- Derechos de los padres biológicos y de los padres adoptantes
- Adopción, idoneidad constitucional del consentimiento
- Consentimiento apto, asesorado e informado para dar en adopción
- Proceso debido mínimo para consentir dar en adopción
- Irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil tres (2003).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Primero de Familia de Pasto y por el Tribunal Superior de Pasto, para resolver la acción de tutela instaurada por Beatriz en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, Regional Nariño.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del dos (2) de mayo de dos mil tres (2003) proferido por la Sala de Selección Número Cuatro, y fue repartido a la

Sala Tercera de Revisión para ser estudiado.

La Corporación ha adoptado como medida de protección de la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación. Debido a que son varias las personas a quienes se les debe suprimir el nombre y a la extensión de la sentencia, la Sala de Revisión ha preferido remplazar los nombres reales de la menor y sus familiares por nombres ficticios en lugar de cambiarlos por letras, como acostumbra a hacer la jurisprudencia constitucional en estos casos.<sup>1</sup> Cuando se trate de un nombre ficticio, éste se escribirá en cursiva y no se usarán apellidos. Advierte la Sala de Revisión que al final de la sentencia se incluye, como anexo, una tabla de los contenidos del presente fallo.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos narrados en la demanda de tutela

En el escrito de tutela, interpuesto mediante apoderado, se exponen los siguientes hechos:

1.1. Como resultado de unas relaciones sexuales con un individuo que dice desconocer, la accionante Beatriz, que hoy en día tiene 27 años de edad, quedó en estado de embarazo, y dio a luz a una niña, Alicia, el día 15 de julio de 2002 en el hospital San Pedro de Pasto.

1.2. Dado el estado de angustia de la peticionaria, debido a (i) su condición de madre soltera, (ii) haber sido rechazada por sus padres, quienes viven en el pueblo de Berruecos (Nariño), del cual tuvo que salir “prácticamente desterrada”, (iii) encontrarse desprovista de toda fuente de trabajo, y (iv) estar desorientada en la ciudad de Pasto, “no tuvo otra opción sino dar a su hija menor en adopción para lo cual acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de esta ciudad, supuestamente aconsejada por algún funcionario del Hospital en donde nació su hija”. La accionante manifestó su consentimiento para entregar a la niña en adopción el día 18 de julio de 2002.

1.3. Cuando ya la menor Alicia estaba bajo cuidado del ICBF, la accionante consiguió un trabajo estable, como empleada del servicio doméstico en una casa de familia de Pasto, devengando el salario mínimo legal.

1.4. La accionante Beatriz puso en conocimiento de su empleadora, Judith, el hecho de que había dado a su hija en adopción, y las circunstancias en que lo había efectuado; como consecuencia, Judith le manifestó su autorización para que trabajara en su casa junto con la menor, y la instó a reclamar su maternidad y recuperar a su hija a todo precio.

1.5. Con base en la autorización otorgada por su empleadora, el día 23 de diciembre de 2002 la accionante informó a la Directora del ICBF, Regional Nariño, sobre la revocación de su consentimiento para dar en adopción a la menor, y solicitó su entrega por parte de tal institución para efectos de proveer el cuidado y la asistencia requeridos por la niña, puesto que ya contaba con medios económicos para ello.

1.6. La petición de devolución de la menor fue resuelta negativamente por la Directora del ICBF - Regional Nariño mediante comunicación del día 2 de enero de 2003, en la cual se expresaba que según lo dispuesto por el Código del Menor, una vez ha transcurrido un mes desde la fecha en que los padres dan en adopción a un niño, su consentimiento se torna irrevocable.

## 2. Demanda y solicitud

La señora Beatriz, por intermedio de apoderado, presentó acción de tutela ante el Juez Primero de Familia de Pasto el 14 de enero de 2003, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, por considerar que no permitirle a la accionante revocar el consentimiento mediante el cual dio a su hija recién nacida en adopción, desconoce tanto el derecho de la menor a tener una familia y no ser separada de ella (artículo 44, C.P.), así como la protección especial a la mujer cabeza de familia (artículo 43, C.P.). En consecuencia solicita al ICBF, Regional Nariño, que se acepte su manifestación de querer revocar el consentimiento de dar en adopción y, en consecuencia, que le entregue a su hija.

2.1. Beatriz considera que el ICBF, Regional Nariño, le está negando sus derechos como madre, ya que a la menor “prácticamente se la está arrebatando de su seno materno, colocando a una norma sobre revocabilidad o irrevocabilidad por encima de derechos consagrados en la Constitución Nacional”. Asimismo, alega que según el Código del Menor, el consentimiento para la adopción de un niño debe ser otorgado por “los padres”, y en este caso únicamente lo otorgó la madre, “en vista de su situación angustiosa al momento del parto” - decisión que fue reevaluada una vez superó la apremiante situación económica que

la llevó a entregar su hija al ICBF.

2.2. En su escrito de tutela, la madre alega que se retractó “a tiempo” de su decisión, dado que la menor aún no ha sido dada en adopción a otros padres. Sin embargo, como se verá más adelante, obra en el expediente prueba de que al momento de la tutela, el proceso de adopción de la menor Alicia estaba a punto de culminar con su entrega a una pareja de padres adoptivos extranjeros, circunstancia desconocida por la demandante.

2.3. Considera la accionante que las actuaciones del ICBF también desconocen el derecho de la menor a tener una madre propia y no adoptiva, “y mucho más si el deseo de su progenitora es tenerla a su lado”. En cuanto al consentimiento para la adopción que manifestó la señora Beatriz, expresa que “el hecho de que se le haya advertido a la madre las consecuencias de una adopción precipitada, no obsta para que ella tenga el derecho constitucional a criar a su propia hija”.

2.4. Con base en los anteriores hechos, afirma la accionante que se han desconocido varias disposiciones constitucionales, específicamente los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 16, 20, 29, 31, 42, 43 y 44; considera, en este sentido, que la tutela es procedente para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, ya que la entrega de la niña a unos padres adoptivos despojaría definitivamente a la actora de su derecho a ser madre. Concluye expresando que “no es justificable que porque una ley dice que no se hizo una revocación dentro de unos treinta días ya no sea revocable la decisión, como si un ser humano se tratara (sic) de un instrumento, de un aparato inerte, o de un animal irracional”. Por lo mismo, solicita al Juez que mientras la justicia ordinaria decide sobre la patria potestad, ordene al ICBF, Regional Nariño, que suspenda el proceso de adopción en curso y disponga la entrega de la menor a su madre biológica para que sea ésta quien le prodigue el cuidado necesario.

### 3. Contestación del ICBF a la acción de tutela

La Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, en su calidad de representante de la entidad demandada, dio contestación oportuna a la acción de tutela de la referencia. En ella expone los siguientes hechos y consideraciones:

3.1. El día 16 de julio de 2002, la Defensora de Familia del Centro Zonal Pasto II abrió el proceso administrativo de protección de la menor Alicia, con base en un oficio enviado por el

Gerente de la Fundación Hospital San Pedro de Pasto, en el cual informaba que la peticionaria Beatriz deseaba entregar voluntariamente a su hija recién nacida en adopción al ICBF, por lo cual la menor requería protección inmediata.

3.2. Una vez Beatriz se presentó personalmente con su hija, se le notificó sobre el auto que ordenaba abrir el proceso administrativo de protección, al cual fue vinculada Alicia. En el mismo auto de apertura la Defensora de Familia dispuso “que a través de psicología se realice la entrevista de la señora Beatriz con el fin de que reflexione sobre las consecuencias de tipo emocional, afectivo y legal que conlleva el consentimiento para la adopción”; en esta entrevista, se logró constatar la voluntad expresa de Beatriz de entregar libremente a su hija al ICBF, ya que ésta fue producto de un embarazo no deseado, de padre desconocido, “y como ella misma lo afirma, tiene 2 hijos más por quienes responder”. Por lo mismo, considera la directora de la entidad accionada que la decisión de Beatriz no fue apresurada, angustiada ni desesperada.

3.3. “Cumplido este requisito”, el 18 de julio de 2002 Beatriz otorgó su consentimiento para entregar a la menor Alicia en adopción, luego de que se le informó sobre el contenido del artículo 94 del Código del Menor, que establece la regla sobre irrevocabilidad de dicho consentimiento transcurrido un mes a partir de su otorgamiento. Beatriz expresó que estaba de acuerdo con tal norma, y manifestó que comprendía los efectos de su acto, pero que había tomado esa decisión porque no le alcanzaban sus ingresos para sacar a la menor adelante, ya que tenía dos hijos más.

3.4. Con posterioridad al otorgamiento de su consentimiento, Beatriz no volvió a presentarse al Despacho de la Defensora de Familia a preguntar por su hija, ni a revocar su consentimiento. Por lo mismo, mediante auto del 27 de agosto de 2002, el consentimiento para la adopción de Alicia se declaró válido e irrevocable, “situación que... conlleva la pérdida de la patria potestad y lógicamente la pérdida de los derechos de custodia y cuidado personal sobre la niña”. Dando aplicación al art. 57-5 del Código del Menor, la menor Alicia fue reportada al Comité de Adopciones del ICBF, el cual la asignó a una familia adoptiva extranjera el día 24 de octubre de 2002. Previo cumplimiento de los requisitos legales, esta familia confirmó su aceptación de tal asignación.

3.5. Con base en la decisión del Comité de Adopciones, a finales de noviembre de 2002 los

profesionales del Centro Zonal aludido iniciaron la preparación de la niña y la madre sustituta para la entrega de aquella en adopción, ya que sus futuros padres viajarían a Colombia en enero de 2003 a recibirla. “Esta decisión no fue aceptada por la madre sustituta quien valiéndose de familiares y de influencias solicita verbalmente a la Coordinadora del Programa de Adopción y a la Dirección Regional, que la niña no sea entregada a la familia asignada y que en tal caso, ella estaría dispuesta a iniciar un proceso de adopción para quedarse con la menor”.

3.6. Dado que (a) en Colombia no es jurídicamente viable la adopción de personas determinadas, salvo si son familiares o hijos del cónyuge, (b) el trámite procesal de adopción se encontraba bastante adelantado, y (c) el programa de madres sustitutas no tiene como fin la adopción, el ICBF rechazó la petición de la madre sustituta, y para evitar cualquier riesgo para la menor, ubicó a ésta en otro hogar sustituto en forma temporal.

3.7. Las distintas etapas del proceso de adopción de Alicia han sido adelantadas por los funcionarios del ICBF, para garantizar que su familia definitiva sea idónea y le brinde la posibilidad de desarrollarse integralmente. En consecuencia, no existe violación de los derechos fundamentales de la actora; “por el contrario, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de sus profesionales calificados, está garantizando el cumplimiento de los mismos en aras de proteger a los niños y niñas que por su situación de indefensión pueden ser objeto de intereses oscuros y de pretensiones mal intencionadas”. Por lo mismo, solicita denegar las peticiones de la demanda.

4. Pruebas aportadas por las partes y evaluadas por los jueces de instancia.

Obran en el expediente las siguientes pruebas, que fueron aportadas al proceso por las partes, o decretadas por los jueces de primera y segunda instancia:

4.1. Escrito dirigido por Beatriz a la Directora Regional del ICBF el 23 de diciembre de 2002, manifestándole su decisión de revocar su consentimiento para dar a su hija en adopción. En él se afirma lo siguiente:

(i) Al momento de otorgar su consentimiento para dar en adopción, Beatriz se encontraba en precarias condiciones económicas, “de tal manera que no me quedaba otra opción en cuanto a la procura del cuidado y protección de mi hija”.

(ii) Sus condiciones económicas han cambiado, puesto que ha conseguido trabajo en la casa de una familia que le permite laborar con su hija.

(iii) Por lo mismo, revoca su decisión de dar en adopción a la menor, y solicita se le entregue “para personalmente prodigarle el cuidado personal y la subsistencia, pues ya devengo un salario mínimo”; igualmente, solicita que se suspenda cualquier proceso de adopción “que esté cursando”.

4.2. Contestación de la Directora del ICBF, Regional Nariño, a la petición de revocación del consentimiento presentada por la actora, con fecha 2 de enero de 2003. En ella se le comunica que la devolución de la niña no es procedente, puesto que una vez revisadas las actuaciones administrativas adelantadas en el Centro Zonal Pasto II respecto de Alicia, se ha encontrado el acta de consentimiento para adopción firmada por la actora el 18 de julio de 2002 en presencia de una psicóloga y una Defensora de Familia, después de que éstas le ilustraron detalladamente sobre las consecuencias de su consentimiento y sobre el plazo legal con que contaba para revocarlo. Asimismo, se le informa a la peticionaria que dada la reserva legal aplicable, no es posible informarle sobre el estado del proceso de adopción.

4.3. Declaración juramentada rendida el 13 de enero de 2003 por Judith, empleadora de la accionante Beatriz, ante la Notaría Primera del Círculo de Pasto, en la cual afirma lo siguiente:

(i) conoce a la peticionaria desde hace seis meses por cuanto ésta trabaja en su casa como empleada del servicio doméstico;

(ii) le consta, “por el conocimiento que tengo personalmente del (sic) preguntante”, que la actora tuvo una niña de padre desconocido, que nació en Pasto el 15 de julio de 2002;

(iv) la tutelante devenga el salario mínimo, con lo cual podrá cubrir los gastos de crianza de su hija, “pues la acepto en dicha condición, esto es, con su hija”.

4.4. Escrito aportado el 20 de enero de 2003 por la Defensora de Familia del ICBF ante el Juez Primero de Familia del Circuito de Pasto, informando que la menor Beatriz es objeto de una medida de protección decretada con base en el art. 57-3 del Código del Menor, por lo cual fue ubicada en un hogar sustituto en Pasto.

4.5. Informe de trabajo social sobre la visita a la menor Alicia en su hogar sustituto y a la madre Beatriz en su sitio de trabajo, decretada por el Juzgado Primero de Familia de Pasto dentro del proceso de tutela de primera instancia. En dicho informe, llevado a cabo por la Asistente Social del referido juzgado, se determinó lo siguiente respecto de la situación de la peticionaria Beatriz:

(i) La actora trabaja como empleada doméstica en el hogar de Judith y su esposo, lugar donde habita y ocupa un cuarto amplio con una cama ancha, mueble para ropa, televisor y mueble para el televisor.

(ii) La demandante narra que llegó de Berruecos, de donde es oriunda, hace aproximadamente ocho meses, en estado de embarazo “y luego de que el padre de su hija la abandonara para no saberse nunca nada más de él”. Explica Beatriz que “en esa época buscó empleo, pero por su estado nadie quería darle trabajo, hasta que llegó a la casa de la señora Norma quien la empleó únicamente hasta que tuviera su bebé, después de lo cual tendría que marcharse. Desesperada por la situación, hizo las respectivas averiguaciones ante el Instituto de Bienestar Familiar, donde no le ofrecieron opción distinta a la del programa de adopción. Por ello, al nacer su hija, salió directamente desde el hospital hacia el Instituto y la entregó, firmando unos documentos que no leyó. De todas maneras, transcurridos unos días, fue despedida de su empleo. Dice la señora Beatriz que nunca se le ofreció una asesoría u orientación de tipo psicológico y que entregó a su hija motivada únicamente por la desesperación de no poder cuidarla porque ‘nadie le daría trabajo con una hija’. Dice que estuvo visitando el ICBF para averiguar por la situación de su hija, lógicamente sin poder verla, hasta que le dijeron que ya se había ido a un hogar sustituto”.

(iii) Los miembros de la familia donde trabaja ahora la han apoyado y estimulado para que recupere a su hija, a quien podrá llevar a vivir con ellos sin ningún inconveniente. Beatriz devenga un salario de \$300.000 mensuales, y ha hecho algunos ahorros con los cuales podrá mantener a su hija, “en el evento de que pueda recuperarla, independientemente de que conserve su trabajo o no, pues jamás repetiría la acción”.

(iv) La empleadora Judith ha manifestado que decidió colaborar con su empleada en el esfuerzo por recuperar a su hija, “motivada por la compasión que ha despertado en ella la tristeza y el arrepentimiento que refleja la señora Beatriz”.

(v) Con base en la información obtenida durante tal visita, se concluye que las condiciones ofrecidas a la menor por la peticionaria Beatriz son adecuadas, en los aspectos físico, socio - económico y familiar. “Aparentemente, la madre se encuentra sinceramente arrepentida de haber entregado a su hija, lo cual hizo llevada solamente por las circunstancias de desespero, angustia e ignorancia, situaciones que le hicieron presa fácil de la vulnerabilidad, que finalmente la condujo a tomar una decisión errada y apresurada. Contando únicamente con la versión de la quejosa, al parecer ésta no contó, o no supo asimilar en caso de haber contado con ella, la asesoría u orientación sico - social necesarias antes de la recepción de un menor para el programa de adopción, máxime si se tiene en cuenta el grado de instrucción, cultura e idiosincrasia de la peticionaria. A todas luces, se trata de una persona sencilla, proveniente del campo, con un grado de autoestima bastante afectado”

(vi) En consecuencia, se afirma que es viable el retorno de la menor al lado de su madre, puesto que ésta “a grandes rasgos, reúne las condiciones para ofrecerle lo necesario para su desarrollo y bienestar integral. En efecto, cuenta con un espacio físico cómodo. Un trabajo estable, un grupo familiar en el que respetan su individualidad y su derecho a ser madre y un ambiente afectivo que lejos de rechazar a la menor, espera por su presencia con cariño. No obstante, no puede pasarse por alto el grave error de manejo en el que incurrió, conducta que a la postre podría repetirse ante una crisis. Por ello, se recomendaría, casi como exigencia, incluir a la madre en un programa psicoterapéutico”.

4.6. Declaración de la peticionaria Beatriz ante el Juzgado Primero de Familia de Pasto, dentro del proceso de tutela de la referencia. En dicha declaración, la actora expresa lo siguiente:

(i) Es natural de San Pedro de Cartago (Nariño), donde estudió hasta quinto de primaria; trabaja en Pasto como empleada del servicio, pero no recuerda la dirección exacta de la casa donde trabaja.

(ii) Sus padres son casados y están vivos; residen actualmente en Berruecos (Nariño). Su padre es agricultor, y su madre es ama de casa; tiene tres hermanos mayores, que viven en la Vereda de San Pedro en Berruecos.

(iii) En cuanto a los hechos relacionados con su embarazo, explica: “Quedé embarazada de un muchacho que es del Putumayo, él se fue, yo no tuve relación de noviazgo con él, apenas

nos conocimos y quedé embarazada, nos conocimos en Berruecos, nuestra relación duró como una semana. El no supo que yo estaba embarazada, él se llama Pedro y vive en Orito (Putumayo). Yo le comenté a mi mamá que estaba en embarazo y ella me dijo que lo tenga, ya iban pasando los meses y yo le dije a mi mamá que me venía a trabajar a Pasto y vine cuando estaba de siete meses, en un mes sí me dieron trabajo pero después ya no”.

(iv) Sobre los motivos de su decisión de trasladarse a Pasto ya avanzado su embarazo, afirma: “en el campo a veces sí hay trabajo y a veces no y mi mamá estaba mal económicamente y no me podía ayudar en esos días”.

(v) Afirma que además de la menor dada en adopción, tiene un hijo de 9 años; en cuanto a las condiciones en que éste está, manifiesta: “lo tiene mi mamá y yo le mando para el niño, a veces \$100.000 o \$150.000 y parte voy ahorrando para mi hija”. En cuanto a su afirmación ante el ICBF sobre la existencia de dos hijos más además de la niña dada en adopción, explica que “cuando yo la fui a entregar, yo estaba bien desesperada no hallaba qué hacer y me aconsejaron que diga que yo tengo otros dos niños para que el ICBF me la reciban, yo no sabía qué hacer, estaba desesperada”.

(vi) Preguntada sobre por qué dejó pasar 6 meses después del nacimiento de la menor para realizar los trámites de su devolución, responde: “Porque yo iba a ICBF a preguntar de la niña y ellos me decían que la niña estaba bien, que estaba bonita y no me la dejaban ver, ni nada”. Afirma que en el ICBF habló una vez con la Defensora de Familia, a quien le preguntó sobre cómo podía dar la niña en adopción, y le respondió que allí se la recibirían apenas naciera. Ante la pregunta del juez sobre por qué primero afirma que fue varias veces a preguntar por la niña, y luego expresa que solamente fue a hablar una vez, aclara: “Yo fui varias veces a preguntar por la niña después de que la entregué y una sola vez antes de entregarla... Fui completo al mes de lo que tuve a la niña, fui a preguntar de cómo estaba, como la doctora Carmen Alicia no había estado porque estaba de vacaciones, entonces yo regresé al día lunes y ella me dijo que la niña estaba bien, después fui a los 15 días, después fui al mes y así seguí preguntando por la niña y me atendían distintas doctoras, hace unos 5 meses (aproximadamente) una doctora me dijo que la niña ya se la llevaron en adopción y yo dije que como se la van a llevar a la niña, después volví a preguntar sobre la niña, seguí insistiendo y me decían que la niña estaba bien, eso fue como en noviembre la última vez que fui a preguntar”.

(vii) En cuanto a las razones que la llevaron a reclamar a su hija de vuelta, explica que ahora ya tiene un trabajo seguro, y que su empleadora le ha manifestado que la recibirá “con todo y niña”.

(viii) Afirma que su decisión de entregar a la hija no fue del todo voluntaria, “porque yo donde estaba trabajando ya no me daban trabajando (sic), y dije yo sin trabajo no podía darle bienestar a la niña, desesperada fui y la dejé allá, yo le dije a la doctora que la dejaba en adopción estaba desesperada yo no sabía qué hacer”.

(ix) Finalmente, precisa que quiere que le entreguen a la menor porque “con lo que yo gano es suficiente, yo no le puedo dar riquezas a lo que esté a mi alcance, ahorita tengo \$500.000 ahorrados para lo que le haga falta a la niña, ahora gano \$300.000”.

4.7. Copia del expediente de historia sociofamiliar correspondiente a las actuaciones administrativas desarrolladas por el ICBF respecto de la menor Alicia. En dicho expediente obran los siguientes documentos:

(i) Formato de la “historia integral socio - familiar” correspondiente al caso, en la cual consta que a la peticionaria Beatriz le fue notificado el auto de apertura de investigación sobre medidas de protección respecto de la menor Alicia, y que fue remitida al departamento de psicología del Centro Zonal del ICBF, para allí ser entrevistada por un profesional en relación con su consentimiento para dar a la niña en adopción.

(ii) Constancia expedida por la Defensora de Familia a cargo del caso, informando que la historia sociofamiliar en cuestión fue abierta a solicitud del Hospital San Pedro, que reportó la entrega voluntaria de la menor para ser dada en adopción.

(iii) Comunicación remitida por la Jefe de Atención al Usuario del Hospital San Pedro de Pasto a la Defensora de Familia del ICBF, informando sobre la entrega voluntaria de la menor, para efectos de su protección; oficio remitido a la misma funcionaria por el Gerente del mismo hospital, en idéntico sentido.

(iv) Copia del formato de examen físico del recién nacido, expedido por la Fundación Hospital San Pedro, en el cual consta que la menor Alicia nació el día 16 de agosto de 2002 a la 1:50 A.M. en condiciones normales de salud.

(v) Certificado de “nacido vivo” de la menor Alicia, en la cual la madre afirma que en total ha tenido un total de tres (3) hijos vivos, incluyendo a Alicia, y que su anterior hijo vivo nació el día 6 de junio de 19982.

(vi) Auto expedido por la Defensora de Familia Carmen Alicia Muñoz el día 16 de julio de 2002, mediante el cual se abrió la investigación de protección a favor de la menor Alicia, en aplicación de los artículos 36 y siguientes del Código del Menor; en esta providencia, se decreta la práctica de las pruebas y diligencias tendientes a establecer la presunta situación de abandono del artículo 31-3 ídem, entre ellas: (a) la entrevista psicológica a la madre y la recepción de su consentimiento, (b) la valoración nutricional y psicológica de la niña, (c) la realización de un estudio socio - familiar, de ser posible, (d) la inscripción del nacimiento de la niña en el registro civil, en caso de no haber sido inscrita aún, y (e) la imposición de la medida de protección establecida en el art. 57-3 del Código del Menor, consistente en la ubicación de la menor en un hogar sustituto. Existe constancia sobre la notificación personal de este auto a la peticionaria, y sobre la explicación que ésta recibió en cuanto a la clase de proceso que se estaba abriendo, su tramitación, alcances y consecuencias, y la medida de protección impuesta.

(vii) Acta de colocación familiar de la menor Alicia en un hogar sustituto.

(viii) Solicitud de inscripción de la menor Alicia en el registro civil de nacimientos, dirigida al Notario Cuarto del Círculo de Pasto por la Defensora de Familia competente.

(ix) Registro civil de nacimiento de la menor Alicia, expedido con base en la solicitud formulada por la Defensora de Familia.

(x) Reporte de la valoración psicológica de la peticionaria Beatriz, efectuada por la Psicóloga del ICBF al momento de entrega de la menor en adopción. En ella se expresa que (a) la accionante ha manifestado tener dificultades económicas por contar con dos hijos más, motivo por el cual da a su hija en adopción; (b) la menor Alicia no fue fruto de un embarazo deseado, ya que la madre “fue víctima de abuso sexual por un guerrillero” cuya identificación desconoce, motivo por el cual no denunció el hecho”3; (c) la madre ocultó su embarazo y no se hizo controles médicos en ningún centro hospitalario, pero no presentó complicaciones ni en el parto ni al momento del nacimiento; (d) no se manifiestan antecedentes familiares de enfermedades físicas o mentales graves; (e) la peticionaria, durante la entrevista, “maneja

un discurso coherente, ubicada en tiempo, lugar y persona, manifiesta estar segura de la decisión que ha tomado de entregar a su hija al ICBF, en sus palabras dice: 'para mí es muy duro, porque no me alcanza para sacarla adelante y conmigo va a sufrir y es mejor que esté con una familia que le dé lo necesario porque tengo dos hijos más''; y (f) la peticionaria recibió apoyo y orientación en cuanto a su situación, a las consecuencias e implicaciones de la adopción, "y se le señala que si considera conveniente puede asistir a posteriores citas, a lo cual manifiesta que no será posible puesto que proviene de zona rural y además su familia desconoce esta situación, desea que este proceso se mantenga en la mayor 'confidencialidad'...".

(xi) Acta de manifestación del consentimiento para dar en adopción a la menor Alicia, suscrita por Beatriz el 18 de julio de 2002. En ella se lee:

En Pasto, a los dieciocho (18) días del mes de julio de dos mil dos (2002)... comparece la señora Beatriz (...) con el propósito de otorgar el consentimiento para que su hija Alicia sea adoptada. Al efecto, la suscrita Defensora de Familia del CZP2-ICBF-REGIONAL NARIÑO, procede a ilustrar en forma detallada y profunda las consecuencias del acto a realizar, la trascendencia de la adopción y el hecho de que una vez concretada esta adopción será irrevocable. Le explica que en términos generales que (sic) el consentimiento para la adopción no puede realizarse respecto de adoptantes determinados. Al efecto la señora Beatriz manifestó: 'Doctora: yo si entiendo todo lo que me ha explicado lo que ocurre si mi hija es dada EN ADOPCIÓN. Entiendo Doctora que la adopción ya quedará de por vida para que lleve los apellidos de otra persona. Por eso doy mi consentimiento. Porque no me alcanza para sacarla adelante y conmigo va a sufrir y es mejor que esté con una familia que le de lo necesario porque tengo dos hijos más'. Hecha la anterior manifestación la suscrita Defensora de Familia le pone de presente a la señora Beatriz el contenido del parágrafo 1 del art. 94 del C. del M., esto es que cuenta con un mes contado a partir de hoy para que si a bien lo tiene revoque este consentimiento, porque de lo contrario ya será irrevocable. La señora Beatriz manifiesta entender perfectamente lo expuesto. En este estado se deja constancia por parte de la suscrita Defensora de Familia que la señora Beatriz se encuentra en esta diligencia en perfecto estado psicológico, lúcida, serena y en ejercicio de sus cinco sentidos. No siendo otro el objeto de esta diligencia se firma por los intervinientes, previa lectura y aprobación dejando constancia que en la misma participó la Psicóloga del proyecto.

(xii) Constancia de notificación personal a Beatriz efectuada el día 18 de julio de 2002, sobre el término con el que cuenta para revocar su consentimiento para dar en adopción a Alicia, y sobre la fecha específica en la cual vence dicho plazo, a partir de la cual su consentimiento se torna irrevocable.

(xiii) Constancia de ubicación de la menor Alicia en un hogar sustituto, el 16 de julio de 2002.

(xiv) Reportes de las distintas valoraciones nutricionales, psicológicas y físicas realizadas a la menor por el ICBF durante su permanencia en el hogar sustituto.

(xv) Documento titulado "Historia de la niña para adopción", elaborado por la Trabajadora Social del ICBF el día 6 de agosto de 2002; en él se deja constancia de las características físicas de la menor y de su historia social, así como del seguimiento del caso. Consta que la niña está sana y sus condiciones en el hogar sustituto son aptas.

(xvi) Constancia sobre el vencimiento del término para revocar el consentimiento otorgado para la adopción de Alicia, el día 21 de agosto de 2002, sin que la peticionaria se hubiese presentado a retractarse de su determinación.

(xvii) Auto expedido por la Defensora de Familia competente, mediante el cual declara válido e irrevocable el consentimiento de Beatriz para la adopción de Alicia una vez vencido el término de revocabilidad, ordena que el asunto sea puesto oportunamente en consideración del Comité Regional de Adopciones, ordena mantener la medida de protección y solicita se realicen las valoraciones correspondientes.

(xix) Comunicación de la Coordinadora del Programa de Adopción del ICBF - Regional Nariño a la Coordinadora Centro Zonal Pasto 2 del ICBF, en la cual le solicita informar a la Defensora de Familia competente que, mediante reunión ordinaria del 24 de octubre de 2002, el Comité Regional de Adopción asignó a la menor Alicia a una familia adoptiva extranjera, y le solicita coordinar la fecha de entrega con la apoderada de los padres adoptivos, quienes viajarán a Colombia próximamente a recoger a Alicia.

(xx) Oficio dirigido el 18 de diciembre de 2002 por la Defensora de Familia del Grupo Programático ICBF - Nariño a la Defensora de Familia que venía conociendo del caso,

solicitándole que tome las medidas que se estimen convenientes para garantizar la protección de la menor, “pues al parecer la madre sustituta, señora Tránsito, está renuente a entregarla a los futuros adoptantes”.

(xxi) Reporte de actuación de la Defensora de Familia en la cual informa que ha ubicado a la niña en otro hogar sustituto, en atención a la comunicación del 18 de diciembre recién mencionada.

(xxii) Acta de colocación de la menor Alicia en el nuevo hogar sustituto.

## 5. Sentencia de primera instancia

Con base en el material probatorio reseñado, el Juzgado Primero de Familia de Pasto, mediante providencia del 29 de enero de 2003, resolvió conceder la tutela de la referencia.

Para sustentar su decisión, el juzgado de primera instancia tuvo en cuenta los siguientes argumentos y consideraciones:

5.1. La peticionaria Beatriz ha dado diferentes versiones sobre ciertos hechos de su vida personal y familiar que resultan contradictorios, entre ellos, sobre (i) el número de sus hijos (manifestó al ICBF y al Hospital San Pedro que tenía tres hijos incluida la menor dada en adopción, lo cual negó en la declaración rendida ante el Juzgado Primero de Familia, y ocultó a la asistente social de dicho despacho en su visita domiciliaria), o (ii) el padre de sus hijos (frente al ICBF manifestó que había sido violada por un hombre desconocido, luego que se trataba de un guerrillero, y finalmente ante el Juzgado Primero de Familia expresó que conocía su nombre, su lugar de origen, y que había tenido relaciones con él durante una semana).

5.2. Con base en esta circunstancia, afirma el juez que “no hay suficientes elementos de juicio para valorar las condiciones sico - sociales que permitan concluir que la señora Beatriz está preparada para asumir rol de madre respecto de la menor Alicia, aunque tampoco se podría concluir que no podría asumir la maternidad por el hecho de haberla entregado en adopción a pesar de haber sido voluntaria y consciente, porque es claro que su situación apremiante la llevó a tomar dicha decisión”.

5.3. A lo anterior se suma que las actuaciones desplegadas por el ICBF fueron llevadas a cabo

“con celeridad sin que se hubiere detenido al exhaustivo estudio y análisis de la madre biológica respecto de sus derechos de petición, a fin de tomar decisiones protectoras de los derechos de la menor”.

5.4. Recuerda que en el contexto del derecho de los niños a tener una familia y no ser separada de ella, se debe visualizar la relación entre padres e hijos como una de mutuos derechos y obligaciones, y que los padres tienen especiales deberes frente a las necesidades de mantenimiento de sus hijos, para garantizarles una vida en condiciones dignas, con condiciones morales aptas, estabilidad emocional, y educación en valores que hagan de la menor un buen miembro de la sociedad. Afirma, igualmente, que cuando un niño es objeto de decisiones por sus padres que pueden poner en riesgo su estabilidad y su futuro, corresponde al Estado adoptar los correctivos necesarios “para hacer real y efectivo el mandato constitucional de tener una familia para hacer cumplir esos postulados en aras al (sic) restablecimiento familiar”.

5.5. Con base en dicho análisis, concluye el juzgado: “ante los hechos planteados, como quiera que el despacho debe proferir una decisión acorde a las medidas de protección de la menor involucrada en el amparo deprecado, no es conveniente aún entregarla a su progenitora, como tampoco lo es en adopción, pues precisa investigarse aspectos de vital importancia respecto de la personalidad, condiciones psicológicas, sociales, emocionales y desde luego, económicas de la madre biológica que den certeza sobre su situación que la habilite a recibir su hija y asumir responsablemente su maternidad.”

5.6. En consecuencia, el juzgado concede la tutela como mecanismo transitorio de protección de la menor, y ordena (i) que la niña permanezca en el hogar sustituto en donde está actualmente, (ii) que el ICBF se abstenga de continuar con los trámites para entregar a la niña en adopción (en la parte resolutive se ordena dejar sin efectos el trámite de adopción en curso), (iii) que el Defensor de Familia competente, en vista de la situación especial de la menor, profiera resolución declarando la situación irregular de Alicia, de conformidad con el artículo 30-9 del Código del Menor, y lleve a cabo todas las investigaciones necesarias para establecer si Beatriz puede asumir las responsabilidades derivadas de la maternidad, o si por el contrario, Alicia se encuentra en una situación que amerite la toma de medidas de protección definitivas. Asimismo, ordena que un profesional del ICBF determine la conveniencia para la menor de mantener un contacto con su madre biológica mientras se

toma la determinación correspondiente, decisión que deberá ser adoptada dentro de un término máximo de 2 meses a partir de la notificación de la sentencia.

## 6. Impugnación del fallo de primera instancia

La Directora del ICBF, Regional Nariño, impugnó oportunamente la providencia del Juzgado Primero de Familia de Pasto, con fundamento en los siguientes argumentos:

6.1. El proceso administrativo de protección de la menor Alicia se adelantó con el lleno de los requisitos legales aplicables, ya que Beatriz otorgó su consentimiento en forma libre y voluntaria, con asistencia de la psicóloga del Centro Zonal, quien verificó que se encontrara en uso de sus facultades mentales y legales.

6.2. Beatriz fue informada sobre las consecuencias de otorgar su consentimiento y sobre la irrevocabilidad del mismo; en consecuencia, a partir del vencimiento del término legal de un mes, su consentimiento (que fue válidamente expresado) se tornó irrevocable.

6.3. Bajo el supuesto de la irrevocabilidad y validez del consentimiento, el Comité Regional de Adopción de Nariño del ICBF asignó a la menor a una familia extranjera, teniendo en cuenta su interés prevalente.

6.4. El derecho constitucional de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, derecho que el ICBF tiene como función hacer efectivo, hace que no sea posible “esperar indefinidamente el arrepentimiento de los padres biológicos para garantizarle éste derecho fundamental a nuestros niños, ya que aceptar tal posición es llegar a una incertidumbre jurídica que no nos permitiría actuar y cumplir con esta finalidad, es por eso que la ley fija términos que son perentorios e improrrogables en los trámites procesales”.

6.6. No es cierto que la actora se haya presentado varias veces a reclamar su hija ante el ICBF, pues no existe en el expediente de historia sociofamiliar correspondiente anotación alguna de los profesionales involucrados en el caso sobre el particular.

6.7. Al vencerse el término para revocar el consentimiento de Beatriz, ésta pierde sus derechos de patria potestad, por lo cual no tiene legitimidad para instaurar acciones legales como la de la referencia.

7. Comunicaciones dirigidas por la parte demandante al Tribunal Superior de Pasto en respuesta a la impugnación del fallo de primera instancia.

Ante la presentación del escrito de impugnación, la actora dirigió dos escritos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, para hacer valer las razones que sustentan su posición.

7.1. En el primer escrito, aportado por intermedio de apoderado, se expresa lo siguiente:

7.1.1. Está inconforme con el término de dos meses otorgado por el juez de instancia para que el ICBF realice algunas pruebas, puesto que con ello se dio a la entidad demandada “la prioridad de comprobar unas condiciones favorables a la misma y desfavorables hacia la tutelante”, quien ya ha demostrado su idoneidad para cuidar de la menor.

7.1.2. La orden de declaratoria de situación irregular de la menor únicamente sería procedente si se hubiera presentado alguna de las circunstancias taxativamente definidas por el Código del Menor; sin embargo, ninguna de ellas se verificó en el caso presente, puesto que la menor no se encuentra en situación de abandono o de peligro.

7.1.3. La voluntad expresada por la accionante de dar a su hija en adopción está viciada: “Esta niña fue arrebatada puede decirse de los brazos de su madre una vez nació en el Hospital y aprovechándose de la situación desesperada en que se hallaba la madre que la coloca en una situación de vicio de la voluntad, de tal manera que cuando salió de esa situación desesperante, se dio cuenta del error en que prácticamente se la colocó, ya que por su situación social e intelectual, siendo una campesina con escasos cinco años de primaria, no podía prever hacia el futuro ni conocer consecuencias jurídicas, careciendo de apoderado en el instante de decidir. No conoce el sentido estricto y definitivo del vocablo IRREVOCABLE que supuestamente se le dio a conocer por parte del ICBF.”

7.1.4. Por otra parte, argumenta el apoderado que al faltar el consentimiento del padre de la niña, a quien ahora sí se dice conocer, el procedimiento de adopción está viciado de nulidad.

7.1.5. Adicionalmente, se afirma que existe otra anomalía consistente en que “antes del nacimiento de la menor ya se le estaba insinuando e incluso comprometiendo a la madre

para que dé en adopción a su hija (sic). En estas condiciones, según lo dispuesto por el artículo 95 del Código del Menor, este consentimiento así requerido, insinuado y obtenido es inválido”. No se aportan pruebas para sustentar esta afirmación.

7.1.6. Por último, afirma el apoderado que “es extraña la actitud del ICBF en cuanto a la insistencia de proseguir con el trámite de adopción de esta menor, siendo que en los hogares sustitutos existen muchos infantes que sus padres prácticamente los han abandonado definitivamente y que bien pueden darse en adopción y sobre los cuales no existe reclamación de sus progenitores. Tal vez se deba a un simple capricho de la Directora, a una posición radical y no se sabe qué hay de por medio en este caso concreto”. Igualmente sugiere que la norma del Código del Menor que consagra el término de un mes para revocar el consentimiento puede ser inaplicada en el caso concreto, por resultar inconstitucional.

7.2. En segundo lugar, la accionante aportó al Tribunal Superior de Pasto un documento manuscrito relatando las circunstancias de su embarazo, de la entrega en adopción de su hija menor y de las condiciones en que busca revocar el consentimiento que manifestó ante el ICBF. Por la importancia de este documento, se transcriben los siguientes apartes:

7.2.1. Respecto del padre de su hijo y las circunstancias en que quedó embarazada, afirma: “(...) la presente es con el fin de contarle lo sucedido durante mi embarazo y después de él cuando me encontraba en Berruecos y conocí a Pedro (padre del niño) que recién había llegado del Putumayo con el cual tuve una relación de una semana y quedé en embarazo después de eso no volví a saber nada del papá de mi hija (...)”

7.2.2. En cuanto a las circunstancias en que salió de la población de Berruecos para Pasto y su situación laboral una vez llegó a esta ciudad, expresa: “(...) decidí salir de Berruecos y trasladarme a la ciudad de Pasto en busca de empleo ya que me encontraba en una difícil situación económica, anduve buscando trabajo en varias partes me rechazaban por estar en embarazo ya tenía 7 semanas (sic) de embarazo encontré una casa donde me dieron empleo y estuve 15 días ya que mis patronos me dijeron que ya no me daban trabajo por el estado en que estaba y que corría riesgo porque era muy duro me encontraba muy desesperada y no hallaba que hacer, entonces decidí ir a donde una amiga y le dije que no tenía trabajo que qué podía hacer para tener a mi hija ella me mando donde otra señora para que me diera trabajo, ella me dijo que me seguía dando trabajo pero si entregaba a mi hija al bienestar, y

me aconsejó que dijera que tenía dos niños más porque si no no me la recibían (...)"

7.2.4. Sobre el tema de la asesoría que le prestaron los funcionarios del ICBF al momento de dar a su hija en adopción, explica: "(...) era tanta mi desesperación que no pensaba en las consecuencias fui al bienestar le pregunté a una señora que cómo podía hacer para dejar a mi hija, me contestó que el día que la tuviera sea niño o niña que la fuera a dejar con una sola muda de ropa, el bienestar no me orientó ni me ofrecieron ninguna ayuda, mi hija la tuve en el hospital San Pedro el 16 de julio del 2002 a la 1:50 AM, no me podía consolar sabiendo que tenía que entregar a mi bebita por la situación económica que me encontraba me dirigí al bienestar a las 5 PM el mismo día que la tuve para entregarla solamente porque no tenía trabajo me la recibieron a mi niña y me preguntaron que qué nombre le iba a poner... la Doctora me leyó un papel pero tanta era la pena y la angustia que no escuché lo que me dijeron y firmé sin saber qué era lo que hacía en mi desesperación, ahora me dice la Doctora del Bienestar que me ha brindado ayuda sicología (sic) lo cual no es verdad porque no supe quién era la sicóloga (...)"

7.2.5. Respecto del número de veces que fue al ICBF a averiguar por su hija después de haberla dado en adopción, expresa: "(...) volví al bienestar por mi (sic) y la doctora me dijo que la niña estaba bien bonita y grande que ya se landado (sic) en adopción mas yo realmente quería era volverla a ver pero me dejaban hablando sola, no fue la única vez que yo fui a preguntar por mi hija, seguí insistiendo pero nunca me prestaron atención (...)"

7.2.6. En cuanto a su situación laboral actual y a las razones que la llevaron a reclamar la niña, asevera: "(...) nunca perdí las esperanzas de encontrar un buen trabajo y así poder recuperar a mi hija, es así como mi antigua patrona me recomendó a una señora ya que mi patrona se fue a vivir al Ecuador, llegué a trabajar a la casa de la señora Judith, ella es una persona consciente y de buen corazón y como yo estaba tan triste y me la pasaba llorando me preguntó que qué era lo que me pasaba y le conté lo de mi niña, fue así como la señora Judith me consultó un abogado amigo de ella porque yo lo pedí de corazón que me ayude a recuperar a mi niña, tanto el abogado como mi patrona me brindan ese apoyo para recuperar a mi hija, ya que la señora Judith me recibe con mi niña, ya que mi situación económica ya ha mejorado me siento capaz para sacar a mi hija adelante, en todo este tiempo no me han permitido verla (...)"

## 8. Fallo de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Civil-Familia, mediante providencia del tres (3) de marzo de dos mil tres (2003), resolvió revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar, denegar la tutela de la referencia.

Para efectos de adoptar esta decisión, el Tribunal tuvo en cuenta los siguientes argumentos y consideraciones:

8.1. El trámite seguido por el ICBF en relación con la menor Alicia “obedece a la necesidad de cumplir con el fin del Estado, en proteger al menor que se encuentre en situación de abandono o peligro”; era obligación de dicha entidad aceptar a Alicia desde el momento en que Beatriz puso de presente su decisión, “previa (sic) el asesoramiento de los profesionales de la institución, hecho que se encuentra probado con el reporte de valoración”, y una vez se le informó sobre el término con que contaba para revocar su consentimiento.

8.2. La decisión del legislador de establecer un término perentorio de treinta días para que los padres que dan a sus hijos en adopción puedan revocar su decisión, se justifica por el hecho de que “los derechos fundamentales del menor no pueden estar a la deriva, y a la espera de una decisión que perdure en el tiempo (...) Es indiferente entonces, que la madre se hubiera presentado al ICBF, a preguntar por su hija una semana después de quedar en firme la decisión de entregar en adopción a su hija, o después de un año, cuando ya esté en firme la sentencia de adopción del menor”.

8.3. Las decisiones tomadas por el ICBF dentro del proceso de adopción cumplen con la finalidad constitucional de proteger a la menor Alicia; al tratarse de un procedimiento regido por normas de orden público y de estricto cumplimiento, se debe dar plena aplicación a los mandatos procesales, los cuales “no se pueden pasar por alto por la simple aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal”. El fin de este procedimiento era proveer a la menor Alicia una familia, dado que su madre biológica tomó la decisión de desprenderse de sus obligaciones frente a ella, por lo cual el Estado debía actuar en forma eficaz para hacer realidad su derecho a tener un núcleo familiar.

8.4. En cuanto a los hechos del caso, afirma el Tribunal que (i) la madre dio a la menor Alicia en adopción desde el momento mismo del nacimiento, “por lo cual es evidente que no ha

existido un vínculo de amor, o un lazo (sic) de afecto físico después del embarazo que una a la madre con su hija, inclusive, de la misma manifestación que expuso la madre (...) el embarazo fue algo no deseado, fruto de unas relaciones sexuales (con un hombre que no se sabe a ciencia cierta si lo conoce o no, pues la primera manifestación en la tutela fue la de ignorar al padre de la menor y luego ya menciona quién es el progenitor)”; (ii) no existe prueba de que la madre haya acudido al ICBF a preguntar por su hija después de haberla dado en adopción; (iii) la tutelante tiene otro hijo, “aspecto que tampoco es claro, ya que con anterioridad, en el hospital San Pedro y al Bienestar Familiar informó que tenía dos hijos más en Berruecos Nariño”, a quien dejó al cuidado de sus padres, delegando en ellos su responsabilidad como madre. Con base en estos hechos, la Sala cuestiona si es más favorable para Alicia ser devuelta a su madre biológica, por el hecho de que ésta tiene una situación estable: “¿El día en que sobrevenga una crisis económica a la madre, será capaz de mantener a su hija o tendrá el mismo futuro que su hermano, dejado a la suerte de sus abuelos o esta vez a su empleadora?”

8.5. Por lo anterior, afirma el Tribunal que “el abandonar a su hijo, en las circunstancias y motivos que expone la tutelante, tienen como única finalidad, desligarse de su deber natural de madre a hijo, y el aspecto netamente económico, si bien es elemental en una buena formación de un hijo, no pueden ser superiores al cuidado y protección brindados con el sentimiento de amor dado por sus padres, que no es exclusivo de los padres biológicos.” En consecuencia, no considera que existan motivos suficientes como para que a través de una acción de tutela se controvierta el proceso de adopción de la menor Alicia, “pues si bien es cierto el devolver a la menor a su madre biológica es una situación hipotética, que puede resultar ser más beneficioso para la menor, también es cierto que dar a la menor en adopción a otra familia presupone lo más beneficioso para ella, dadas las circunstancias fácticas que rodean el asunto en cuestión.”

8.6. Como a través de la adopción se generan lazos entre padres e hijos similares a los que existen entre los padres e hijos biológicos, no es de recibo el argumento según el cual la negativa del ICBF a devolver a Alicia a Beatriz, vulnera el derecho de aquella a tener una familia y no ser separada de ella. Como la familia biológica de Alicia no está en situación de proveer a ésta el cuidado y amor que requiere y a los que tiene derecho, la figura de la adopción constituye la mejor garantía para su desarrollo y el respeto de sus derechos constitucionales. En consecuencia, afirma el Tribunal que no sólo no se vulneraron los

derechos fundamentales de Beatriz y Alicia, sino que “al contrario, con esta decisión y este procedimiento se permite definir de manera permanente y sólida el derecho de la menor Alicia a tener una familia y no ser separada de ella, en conexidad con los derechos fundamentales inmersos (sic) en el artículo 44 de la Constitución Política”.

Por las anteriores razones, el Tribunal ordenó al ICBF que continuara con el trámite de adopción.

## 9. Pruebas decretadas por la Corte

Para efectos de adoptar una decisión informada en el asunto de la referencia, la Corte decretó la práctica de las siguientes pruebas:

### 9.1. Valoraciones especializadas de la peticionaria por parte de psicólogos y trabajadores sociales.

En primer lugar, la Sala solicitó a los profesionales de la Universidad de Nariño y de la Universidad Mariana de Pasto que efectuaran una evaluación de la peticionaria e informaran si, en su concepto, ésta satisface las condiciones requeridas por su rol de madre.

9.1.1. Por una parte, los profesionales Tania Rosero Zarama, Trabajadora Social, y Julián Santacruz Bravo, Psicólogo, ambos de la Universidad de Nariño, hicieron llegar oportunamente a la Corte el informe solicitado. En él se expresa lo siguiente:

(a) El día martes 27 de mayo en las horas de la mañana, realizaron una visita domiciliaria a la casa de Judith, empleadora de la peticionaria. Manifiestan que ésta no se encontraba, “aduciendo la dueña de la casa (patrona Judith) que Beatriz viajó a Berruecos para llevarle una remesa a la madre de esta, versión que no se logró definir claramente puesto que el abogado y Beatriz expresaron que el viaje fue por motivos de salud de la madre”. En este punto, los profesionales detectan una primera contradicción en los hechos que tienen a su disposición, en el sentido de que existe una inconsistencia entre las versiones de Beatriz y Judith. “Se agrega a lo anterior algunas inconsistencias en cuanto al lugar de residencia de la señora Beatriz. En primer lugar los objetos que ella decía tener en la habitación, no se encontraban como armario, televisor y cuna, e incluso la ropa de Beatriz (como se afirmó en la visita de la asistente social). Según la señora Judith, desde el día sábado 24 de mayo, en la

habitación de Beatriz se encontraba alojado un joven proveniente de otra ciudad el cual está de paso. Por lo tanto se encontró la ropa del joven y objetos personales del mismo colocados en la pared.” Afirman los profesionales, frente a esta situación, que no es claro que Beatriz viva en el lugar que informó a las autoridades.

(b) Por otra parte, los profesionales informan que “ante la pregunta (sobre) qué circunstancias, qué motivos y si estaba consciente de las consecuencias que implicaba dar en adopción a su hija, ella reconoce que llevada por la desesperación de no tener trabajo se vio en la necesidad de entregar su hija al ICBF en donde según ella, no recibió ningún tipo de orientación para dicha adopción. Al indagarle repetidamente si le proporcionaron asesoría psicológica para esta decisión, ella reiteró que no fue atendida por la Psicóloga Dra. Ana Lucía Aguirre Oliva y sí únicamente por la defensora de familia Dra. Carmen Alicia Muñoz Hoyos. También reitera que al momento de la firma del documento (actividad: prediagnóstico consentimiento para la adopción) del 18 de julio de 2002, sólo se encontraba en la oficina Beatriz y la doctora Carmen Alicia Muñoz Hoyos”. En este aspecto resaltan una tercera contradicción, consistente en que la versión de Beatriz no corresponde a lo que se establece en el expediente, en el sentido de que existió una entrevista y una orientación psicológica practicada por la profesional Ana Lucía Aguirre Oliva en tal fecha.

(c) Conceptúan a continuación los profesionales que “en otro aparte de la entrevista, Beatriz cambia constantemente el contenido de sus afirmaciones, como por ejemplo su situación laboral, la cual no corresponde a lo mencionado en el expediente, ya que al momento del parto sí estaba laborando con un sueldo de \$100.000. Afirma en forma verbal y escrita que la señora Norma (patrona desde los ocho meses de embarazo) no vive en la ciudad de Pasto porque se trasladó al Ecuador, cuando se constató presencialmente que la mencionada señora vive en el mismo lugar donde Beatriz la referenció”. Constatan, en consecuencia, la existencia de una cuarta contradicción, consistente en que “Beatriz argumentó no tener recursos para cuidar a la hija, sin embargo se encontraba trabajando durante y después del embarazo”.

(d) Informan, por último, que “a la pregunta de qué motivó el cambio de posición de Beatriz respecto a la decisión de dar a su hija en adopción, ella responde: que el cambio no fue a los cinco meses como consta en el expediente. Afirma que varias veces inclusive desde el primer mes fue al ICBF a preguntar por la condición de su hija, dice además que no fue atendida

adecuadamente, cabe anotar que la señora Beatriz, durante este tiempo no solicitó por escrito ni verbalmente ante el ICBF, el deseo (sic) de que le sea devuelta su hija". Por lo tanto, resaltan la existencia de una quinta contradicción, en el sentido de que la versión de Beatriz no coincide con las pruebas que obran en el expediente.

Con base en las anteriores consideraciones, los profesionales emiten el siguiente concepto sobre el caso: "Los sentimientos de confusión, temor, e incluso culpa que llevaron a la madre a dar en adopción a su hija, y posteriormente, llevada por un sentimiento de arrepentimiento a retractarse de dicho acto, pueden considerarse como un antecedente negativo para la menor ya que psicológicamente es un indicio de una personalidad ambivalente y sin juicio, tratándose de una mujer mayor de edad 'sin alteraciones psicológicas y/o psiquiátricas' que la hayan llevado a tomar tal decisión. Se resaltan las repetidas mentiras de la madre como un mecanismo de defensa para salvarse de cualquier responsabilidad que le exija esta situación (...)"

9.1.2. Por otra parte, Olga Marina Obando, Decana encargada de la Facultad de Trabajo y Bienestar Social de la Universidad Mariana de Pasto, en compañía de la Coordinadora de la Práctica de la Facultad de Psicología de la misma Universidad, Sonia Belalcázar B., remitieron en tiempo un informe escrito el 3 de mayo de 2003 a esta Corporación, manifestándose acerca del caso en los siguientes términos,

(a) Razón para entregar a Alicia en adopción: "Las condiciones económicas son las que obligan a la señora a dar consentimiento para que su hija fuera dada en adopción, esta es la principal razón para generar tal situación, sin embargo ella manifiesta que nunca se le aseguró ni se le brindó información sobre las características que tenía un proceso de adopción, puesto que siempre pensó en la posibilidad de recuperar a su hija después de mejorar su condición económica."

(b) Motivos para revocar el consentimiento: "En cuanto a los motivos para cambiar su posición de dar en adopción a su hija se dilucida que su situación emocional está caracterizada por síntomas depresivos; menciona que el mejoramiento de su situación económica fue determinante, al igual que contar con un apoyo social especialmente de la dueña de la casa donde trabaja actualmente."

(c) Planes de Beatriz en el caso de llegar a recuperar a Alicia: "Frente a la situación de

tener a su hija, la señora manifiesta vivir por un tiempo en la ciudad de Pasto, para posteriormente regresar a su lugar de origen con sus padres.”

(d) Situación laboral actual: “Al interrogar a la madre sobre la posibilidad de perder su trabajo y nuevamente estar en una situación económica difícil, ella manifiesta que haría cualquier cosa por sacar a su hija adelante, hecho que no hizo al nacer.”

(e) Discrepancias en las diferentes versiones: primera, “es confusa la relación de pareja que sostuvo al concebir a Alicia”; segunda, “hay incertidumbre en cuanto al número de hijos que afirma tener”; tercera, “no hay concordancia al manifestar en alguna oportunidad que sí tenía pleno conocimiento sobre las implicaciones del proceso de adopción, pero en otras ocasiones menciona lo contrario.”

(f) Finalmente, señalan que a su juicio, la condición de Beatriz es inestable económica y emocionalmente.

9.2. En segundo lugar, la Sala comisionó a la señora Juez Promiscuo Municipal de Berruecos, Aida Cristina Arteaga Ramos, para que efectuara una inspección judicial al domicilio de Cecilia y Álvaro, padres de la peticionaria, para constatar directamente en qué condiciones estaba viviendo el otro hijo menor de edad de la peticionaria, con miras a aportar un elemento de juicio crucial para la resolución del presente caso. Por la importancia de esta prueba, se transcribirá su contenido in extenso:

En Berruecos Arboleda Nariño, en el Despacho del Juzgado Promiscuo Municipal, hoy cuatro de junio del año dos mil tres (...) la suscrita Juez, en asocio de Su Secretario nos constituimos en audiencia pública y se declara abierto el acto. Seguidamente procedemos a trasladarnos hasta la vereda San Pedro Bajo perteneciente al municipio de Arboleda Nariño, distante aproximadamente diez kilómetros de la población de Berruecos que es cabecera el municipio de Arboleda. Una vez en la vivienda somos atendidos por la señora Cecilia (...) a quien se le informó el objeto de la diligencia, solicitándole nos permita entrar a su domicilio. Procedemos a describir el inmueble, el cual se trata de una casa de habitación constante de tres piezas, dos de ellas utilizadas como dormitorios y una tercera como tienda veredal, construida en adobe crudo, pisos encementados, techo en teja de barro quemado y cielo raso en cañabrava. Junto a la vivienda descrita, se halla una construcción igualmente en adobe crudo y techo en teja de barro que se utiliza para cocina y otra para la cría de cuyes. Posee

sanitario, lavadero, luz eléctrica y agua de acueducto. Se observa aseo general y en óptimas condiciones para su habitación acorde a una situación económica de campesinos. Alrededor se encuentra un terreno laderoso de propiedad de los señores Álvaro y Cecilia, sembrado en café y plátano, de un área aproximada de dos (2) hectáreas. En razón de que el menor Juan acude a la escuela veredal se le solicita se pida permiso a la Profesora... para adelantar con el infante la comisión proveniente de la Corte Constitucional. Se deja constancia que en una de las habitaciones se observan tres camas en las que, según la señora Cecilia duermen Cecilia, Álvaro y Juan, en la otra alcoba pernocta el hijo mayor Mauricio, quien en la actualidad se encuentra en otra vereda de este mismo municipio... Se constata que en realidad el menor Juan habita con los señores Álvaro y Cecilia, quien se encuentra estudiando en segundo año de primaria e informa que nació el 13 de mayo de 1993, lee de corrido, aparenta tener una edad de diez años, su presentación es buena, aseada, con ropa limpia y de una contextura normal, no se aprecia desnutrición ni enfermedades que puedan afectar su salud, incluso se informa que tiene carnet de régimen subsidiado, acudiendo regularmente al médico y al odontólogo. A continuación procedemos a recepcionar la declaración de la señora Cecilia... Interrogada sobre sus generales de ley, CONTESTO: Me llamo Cecilia, natural y vecina de la vereda de San Pedro... tengo 55 años de edad, casada con Álvaro quien nació el 12 de febrero de 1937, tuve cinco hijos, una hija que murió, otro hijo que trabaja en otra vereda pero que nos ayuda a mantener puesto que es soltero y dos hijas casadas, la una vive en esta vereda de San Pedro y la otra que vive en la vereda Tierras Blancas y mi hija Beatriz que trabaja con una familia en la ciudad de Pasto Nariño, conmigo vive mi nieto Juan de diez años de edad, estudié hasta tercer año de primaria... me dedico a los oficios domésticos y a los trabajos del campo, crío animales de toda especie del campo y actualmente nos encontramos en las cosechas de café... PREGUNTADA: Sírvase decirnos cómo es su estado de salud y la del señor Álvaro? CONTESTO: Gracias a Dios si estoy bien de salud y mi esposo en general también está bien e incluso en el día de hoy se halla trabajando en la cosecha del café. PREGUNTADA: Infórmenos quién es la persona que le prepara los alimentos a Juan y quién provee de los recursos necesarios para el sostenimiento de él? RESPONDIO: Yo le preparo los alimentos, yo le doy el desayuno y se paga el restaurante en la escuela y cuando no hay restaurante yo le preparo el almuerzo. Para comprar lo necesario para el niño y para nosotros, Beatriz nos sabe mandar trabajando en Pasto para ayudarnos a nosotros y mi esposo y yo también trabajamos para ayudarnos, él en la agricultura y yo criando mis animales, mi hijo Mauricio también trabaja para la casa y todo es para la casa, vestuario en

general y la ropita para Juan se la da Beatriz quien viene cada mes o generalmente a los dos meses. PREGUNTADA: Cuándo fue la última vez que Beatriz vino a visitar a Juan y cuánto le aportó económicamente? CONTESTO: Ella vino para el día de la madre y para celebrarle el día de la madre al niño, es decir vino para el 13 de mayo y se fue hace ocho días para regresar en este fin de semana, y quedó a traer en este fin de semana alguna platica puesto que aún no le habían pagado. PREGUNTADA: Cuántos nietos tiene en total y cuántos son hijos de Beatriz? CONTESTO: Mi hija Emilia tiene tres hijos, mi otra hija Laura tiene dos hijos y Juan que es hijo de Beatriz, no tengo más nietos. PREGUNTADA: A cuántas personas sostiene Beatriz económicamente? CONTESTO: Ella sostiene a Juan porque mi esposo y yo trabajamos y mis otros hijos viven por aparte con sus esposos. PREGUNTADA: Con qué regularidad mira a su hija Beatriz y qué otro tipo de contacto diferente a las visitas tiene con ella? CONTESTO: Ella viene cada mes o cada dos meses, ella no nos abandona, en ocasiones la llamo por teléfono, porque en la vereda hay teléfono con tarjeta de compartel pero ello se hace cuando hay necesidad. PREGUNTADA: Qué tipo de cuidados le prodiga a su nieto? Especifique si le ofrece alimentación, salud, atención, afecto? CONTESTO: El niño es mi vida, él es mi compañero, apenas se enferma yo lo llevo al médico y salgo a toda parte con él, lo llevo a que Manifiesta el accionante que ayude a remesiar (sic) a la población de Buesaco Nariño, estoy pendiente de su educación, voy a las reuniones e incluso es bonito ir a las reuniones para hablar con la gente y cuando llega de la escuela estoy pendiente para que haga sus tareas, yo duermo con él, a pesar de que tiene su camita independiente, mi hija Beatriz nos ha dicho que va a hacer otra piecita para ella y el niño. PREGUNTADA: Desde hace cuánto tiempo tiene bajo su cuidado a Juan? Cuándo lo dejó Beatriz bajo su cuidado y con qué propósito? RESPONDIO: Juan está bajo mi cuidado desde que nació porque el parto fue en el Centro Hospital de Berruecos y de allí en adelante siguió conmigo. Beatriz se fue a trabajar a Pasto desde que el menor tenía seis meses, pero siempre ha estado viniendo, donde ha estado trabajando ella todo ha sido para el niño, lo dejó conmigo con el propósito de irse a trabajar ya que en los campos es duro para ver la plata, pero ella sólo ha trabajado en casas de familia, ha trabajado honradamente. PREGUNTADA: Qué opina usted sobre el estado de ánimo, salud, rendimiento escolar de Juan? CONTESTO: Yo lo veo grande, incluso está más desarrollado que otros niños de la vereda, incluso la enfermera del centro de salud Manifiesta el accionante que dice que yo lo quiero bastante al niño porque se lo ve bien, en la escuela va bien, sí rinde aunque lo que poco lo acompaña a Juan es la memoria, pero ahora ya está mejor, le gusta jugar fútbol, mi hija le ha traído juguetes, ahora le trajo bicicleta, carros para

que se entretenga. PREGUNTADA: Usted conoce quién es el padre del menor Juan? Le aporta económicamente para su sostenimiento? CONTESTO: Sí, sí lo conozco, es de la vereda y ahora vive en Berruecos, cuando yo le pido para alguna necesidad del niño le sabe aportar, pero mensualmente no ha cumplido con el aporte de diez mil pesos mensuales, esa plata la quedó a entregarla por intermedio de la Comisaría de familia de Berruecos... hasta ahora no le ha dado el apellido pero por intermedio de la Comisaría se le va a hacer dar el apellido... él habla con su papá. PREGUNTADA: Cuál fue la razón que llevó a Beatriz a dejar el pueblo de Berruecos e irse a Pasto en avanzado estado de embarazo? CONTESTO: Pues más o menos sí, sí me supuse, pero en el fondo no sabía, tuvo que irse a Pasto a trabajar ya que en el campo no se ve la plata, yo no sabía que haya tenido el nuevo bebé, pero yo estaba preocupada por ella de que le haya pasado algo, pero ahora que ya sé, le recibiría el niño con los brazos abiertos, ella no me ha comentado nada, pero yo la voy a apoyar en todo al igual que mi esposo, cuando venga ya vamos a conversar con ella de este asunto. Quiero agregar por último que mi nieto es la adoración para nosotros, cuando lo mandamos a algún mandado y no regresa pronto, nos preocupamos, él es mi compañero y lo llevamos para toda parte, ni siquiera lo dejamos con sus tías y con los mismos brazos abiertos recibiría el otro, donde hay niños no falta Dios, e incluso me encuentro capaz de cuidar al otro niño, Beatriz se iría a trabajar y yo me encontraría con ellos.

Acto seguido, la juez efectuó un breve cuestionario al menor Juan, que se transcribe a continuación:

PREGUNTADO: Dime tus nombres, apellidos, en que año de escuela estás, cómo te sientes, a quién quieres más de los miembros de tu familia? RESPONDIO: me llamo Juan, me encuentro estudiando segundo año de primaria en la escuela de esta misma vereda de San Pedro, me gusta estudiar, me gusta estudiar más sociales ya que nos hacen hacer dibujos de la cartilla, como paisajes, animales, plantas, yo en la escuela me siento bien y yo a quien más quiero es a mi mamá Beatriz y a mi mamita María, pero me gusta estar más con mi mamita Cecilia ya que ella me quiere y me da todo lo que necesito en la escuela, ella me abraza cuando me voy cuando llego de la escuela, también me despide de beso, cuando estoy triste me consuela mi mamita Cecilia, con ella voy a todas partes, ella nos saca a pasear, cuando viene mi mamá Beatriz duermo con ella pero el resto del tiempo duermo con mi mamá Cecilia, también quiero a mi abuelo Álvaro, porque él es un hombre trabajador, casi no me regaña, pero cuando hago daños sí me regañan, no me ultrajan, lo que hace mi mamita es que rece

el padrenuestro y me hace hincar pero no me maltrata. PREGUNTADO: Quién te cuida cuando tú estás enfermo? CONTESTO: Me cuida mi mamá Cecilia. PREGUNTADO: Practicas algún deporte, qué te gusta hacer cuando no estás en la Escuela? CONTESTO: Me gusta el fútbol, cuando vamos a otras escuelas juego en el equipo, me gusta andar en bicicleta, me gusta leer cuentos como el de Blanca Nieves, también veo televisión. En la escuela no me gusta cuando le pegan a los otros niños, no me gusta mucho las matemáticas pero sí se sumar, restar, multiplicar y dividir, incluso este año me van a pasar a tercero porque hago todas las tareas, a los niños los respeto, soy bueno con ellos. PREGUNTADO: Te gusta vivir en esta vereda y con tus abuelos? CONTESTO: A mí me gusta porque hay harta naturaleza, hay pajaritos, hay cosas divertidas como subirse a los caballos, tocarlos, meterlos a comer yerba y darles agua, aquí caballos si no tenemos pero voy donde una vecina que se llama Imelda, también me gusta vivir con mis abuelitos porque ellos no se van, tienen todo lo necesario, me quieren mucho, ellos me estiman mucho, me cuidan y protegen de todo, también me gusta ir donde mis tíos porque allá están mis primos y juego con ellos.

Para concluir la diligencia, afirma la Juez:

El despacho hace constar que el menor Juan se encuentra orientado en el tiempo, responde claramente las preguntas, no se muestra esquivo por lo contrario es cortés, amable, cuidadoso, tranquilo, colabora con el despacho en lo que se le pide. Igualmente no se observa que tenga afecciones físicas ni que se encuentre enfermo, por el contrario, goza de muy buena salud, su desarrollo físico es acorde con su edad. En cuanto a su aspecto físico tiene su ropa limpia, está aseado, con ropa y zapatos en buen estado, en general presenta un excelente aspecto físico y psicológico. A juicio del despacho el menor Juan sí está recibiendo los cuidados requeridos según su edad y condición económica, incluso superando a otros niños que se observan en el sector, la señora Cecilia da muestras de afecto en presencia del Juzgado, las que son aceptadas por el menor en mención... En concepto de este despacho Juan no está expuesto a riesgos excepcionales y graves en su proceso de desarrollo y formación, pues cuenta con una familia que le brinda afecto, educación, salud y en general, satisface sus necesidades básicas... por otra parte, el lugar que habita es cómodo, agradable por la limpieza que se observa y espacioso.”

II. Consideraciones y fundamentos

## 1. Protección de la intimidad de Alicia

Como se advirtió al inicio de la presente sentencia, la Sala Tercera de Revisión ha adoptado como medida de protección de la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación.

Tal y como se ordenará en la parte resolutive, en cualquier publicación de la presente sentencia deben omitirse los nombres reales de la menor y sus familiares, y en su lugar deben ser reemplazados por los nombres ficticios aquí adjudicados. Igualmente se ordenará al Juzgado Primero de Familia de Pasto, despacho judicial en donde se guardará el expediente del presente caso, y a los funcionarios competentes de la Corte Constitucional, tomar las medidas necesarias para mantener la confidencialidad de las identidades protegidas.

## 2. Problemas jurídicos a resolver

La Sala advierte de entrada que el caso bajo estudio plantea problemas de gran complejidad, con una importante dimensión ética y, dadas las circunstancias, un alto potencial para generar una carga en sufrimiento para las partes, sea cual fuere la decisión a tomar. En casos como estos, en los cuales está de por medio la preservación de los derechos de los niños, la Corte debe orientarse ante todo por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor, el cual debe incorporarse como eje central del análisis constitucional.<sup>4</sup> En el mismo sentido, por tratarse de la protección de derechos fundamentales prevalecientes, la Corte efectuará un examen particularmente estricto de las actuaciones llevadas a cabo en relación con el proceso de adopción de Alicia.

El principal problema jurídico que se plantea en esta oportunidad se puede formular así: ¿el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, desconoció el interés superior de Alicia y su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar, en este caso, la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negarle a Beatriz la posibilidad de recuperar a su hija?

Para efectos de resolver este delicado problema jurídico, la Corte estudiará los siguientes temas: (i) la determinación del interés superior de menores en casos concretos, (ii) los

derechos y deberes de la familia biológica frente a los niños, así como la situación jurídica de los padres adoptantes y (iii) los requisitos para otorgar y revocar el consentimiento para dar a un menor en adopción. Una vez establecidas las reglas que deben ser aplicadas a estos asuntos, procederá la Sala a ponderar la situación concreta de Beatriz y su hija menor Alicia, para adoptar una decisión a la mayor brevedad, habida cuenta de que Alicia está bajo una medida de protección temporal que no le permite establecer vínculos afectivos duraderos y estables.

### 3. El interés superior del menor y su determinación en casos concretos

El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación. Una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, que se enmarca en el contexto del Estado Social de Derecho y del deber general de solidaridad, es el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional<sup>5</sup> y consagrado en los artículos 20 y 22 del Código del Menor.<sup>6</sup> Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional,<sup>7</sup> consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i)

fácticas -las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados-, como (ii) jurídicas -los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-.

En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que, según lo estableció esta Corporación en la sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), el interés del menor “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo “prevalecer”<sup>9</sup> implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual “los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”<sup>10</sup>.

### 3.1. Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor

Son múltiples las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de las circunstancias de cada situación particular. En lo que concierne al caso bajo estudio, la Sala considera que los siguientes parámetros de análisis resultan relevantes para adoptar una decisión:

3.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

3.1.2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.

3.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”, y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor<sup>11</sup> proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

3.1.4. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los

derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo<sup>12</sup>. El contenido y alcance de los derechos conexos de los padres se precisa en el acápite 3.3. de estos considerandos.

3.1.5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. El contenido y las manifestaciones del derecho de los niños a crecer en una familia se precisa en la siguiente sección (numeral 3.2.).

3.1.6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato

frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.

### 3.2. El derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella

3.2.1. Como se afirmó en el acápite anterior, uno de los principales parámetros jurídicos relevantes para orientar la presente decisión es el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica. Esta regla, que ha sido expresamente consagrada en el artículo 44 de la Carta Política y reconocida por el derecho internacional público<sup>13</sup>, se encuentra prevista en el artículo 6 del Código del Menor, según el cual todo niño tiene derecho a “crecer en el seno de una familia”, y únicamente podrá ser separado de ella en las circunstancias especiales que defina la ley, con la exclusiva finalidad de protegerlo.

La importancia del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella estriba en que, como lo ha reiterado esta Corporación, su satisfacción constituye una necesaria condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc. de los cuales son acreedores legítimos. Así, en la sentencia T-587 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte precisó:

“(…) la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.<sup>14</sup>

3.2.2. No en vano, la familia fue catalogada por el Constituyente como la “institución básica” y la “célula fundamental” de la sociedad en los artículos 5 y 42 de la Carta,<sup>15</sup> dispensándole una especial protección. Por lo mismo, la condición de miembro de familia impone a quienes

la ostentan claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres. Ya ha establecido en varias oportunidades esta Corte que la primera obligada a proveer la atención y los cuidados necesarios para garantizar el desarrollo integral de los niños es la familia, y que el Estado sólo deberá intervenir para proteger a los menores en forma subsidiaria, cuando la familia no esté en posición de cumplir con sus cometidos propios. Así, en la sentencia T-752 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), se estableció que corresponde al Estado asumir la obligación genérica de asistir y proteger a los niños para garantizar su adecuado desarrollo y el ejercicio de sus derechos, cuando quiera que la familia, en tanto principal obligada, no esté en condiciones de hacerlo; y en la sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se afirmó: “si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación”. En el mismo sentido, el artículo 3 del Código del Menor establece que la protección, el cuidado y la asistencia que los niños requieren para su adecuado desarrollo corresponde en primer lugar a los padres o demás familiares legalmente obligados a proveerlos, y que únicamente cuando éstos no se encuentren en capacidad de cumplir con tal deber, será el Estado quien lo asuma, “con criterio de subsidiariedad”.

El deber primordial de la familia es el de proveer las condiciones para que los niños crezcan y se desarrollen adecuadamente como personas dignas; ello conlleva tanto la obligación de preservar a los menores de todas las amenazas que se pueden cernir sobre su proceso de desarrollo armónico, como el deber positivo de contribuir a que dicho proceso se desenvuelva con las mayores ventajas y beneficios posibles, en términos materiales, psicológicos y afectivos.

3.2.3. Lo anterior no significa que sea justificable separar a un niño de su familia por el solo hecho de que sus condiciones económicas no sean óptimas. Uno de los primados más importantes que se deben aplicar al establecer la viabilidad de medidas protectivas que separen a un niño de su núcleo familiar consiste en que el simple hecho de que un niño pueda estar en mejores condiciones económicas, no es razón suficiente para privarlo de la compañía y el cuidado de sus familiares biológicos, por lo cual deben establecerse motivos adicionales, de suficiente peso, para legitimar una intervención de esta magnitud y trascendencia. Lo contrario equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e

hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres estén en condiciones económicas “adecuadas” – un trato a todas luces discriminatorio, y contrario al mandato contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 13 de la Carta y en el artículo 2 del Código del Menor, del cual se cita: “Los derechos consagrados en la Constitución Política, en el presente Código y en las demás disposiciones vigentes, serán reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales” (subraya la Corte). En igual sentido, los artículos 129 a 131 del Código del Menor, que regulan las situaciones de menores que carecen de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, disponen que cuando quiera que dicha situación se derive de las condiciones económicas precarias de sus padres, las medidas de protección a imponer deberán buscar ante todo apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir directamente con las funciones que le son propias, y así mantener a los niños en su entorno familiar<sup>16</sup>.

En consecuencia, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor. La aptitud de un determinado grupo familiar se determina, entre otras, aplicando los criterios jurídicos arriba enumerados, y atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso. Ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres.

3.2.4. Sobre el particular, la Sala enfatiza que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se han de tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar.

3.2.4.1. Así, en primer lugar, existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad;

tal es el caso de (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

3.2.4.2. En segundo lugar, existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres.

3.2.4.3. Por último, existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño. Estas reglas son especialmente pertinentes para la resolución del caso bajo estudio.

### 3.3. Los derechos conexos de los padres

Como ya se dijo, la determinación del interés superior del menor se debe efectuar evaluando cada situación en su totalidad, y dentro del contexto de las relaciones familiares reales de cada niño; por lo tanto, son relevantes los derechos e intereses de los padres biológicos y de los demás familiares al momento de adoptar una decisión.

En efecto, tanto la maternidad como la paternidad constituyen condiciones reconocidas y protegidas por el sistema jurídico colombiano, que deriva de ellas claros derechos para los progenitores<sup>17</sup>, entre los cuales se destacan el derecho a recibir el respeto y la obediencia de sus hijos<sup>18</sup>, el derecho a ser cuidado por ellos “en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios”,<sup>19</sup> el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos menores<sup>20</sup>, y los derechos sucesorales reglamentados por el Código Civil. Por esta razón, el derecho a la familia ha sido catalogado como un derecho de “doble vía” que asiste a todos los miembros del grupo familiar.

Sin embargo, tal y como esta Corporación ha reiterado en numerosas oportunidades, la naturaleza y el alcance de los derechos de los padres se evalúan en función del cumplimiento de los caros deberes y responsabilidades propios de su condición. Así, se ha afirmado que la maternidad, en tanto derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional,<sup>21</sup> impone los deberes de amor y cuidado hacia el hijo, de cuyo cumplimiento depende el efectivo reconocimiento de los derechos inherentes a tal condición:

“(…) la maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad.”<sup>22</sup>

Igualmente, se ha establecido que “al referirnos a la maternidad nos encontramos frente a un derecho – deber que se desfigura si los deberes no son cumplidos dejando desamparado al menor”<sup>23</sup>. En ese mismo sentido, el artículo 5 del Código del Menor impone al Estado el deber de “dar todas las oportunidades para asegurar una progeneritura responsable”, y al

artículo 6 ibidem establece que los padres tienen el deber de “velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.” Tales disposiciones desarrollan lo dispuesto por el artículo 18-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Lo anterior implica que un componente crucial de cualquier análisis destinado a establecer la aptitud o ineptitud de un determinado núcleo familiar para proveer el cuidado y atención requeridos por un menor, debe ser el estudio sobre la forma en que los padres o acudientes han cumplido en el pasado con los deberes que les corresponden frente a los menores de edad. En otros términos, cuando quiera que los padres o acudientes incumplan en forma significativa los deberes y obligaciones que tienen frente a sus hijos menores de edad, deberán adoptarse las medidas previstas en las leyes vigentes para protegerlos.

3.4. La presunción a favor de la familia biológica y las condiciones de su aplicación. Respeto por los padres adoptantes y el interés superior del menor que ya se ha integrado a su nueva familia

3.4.1. Existe tanto en el derecho constitucional como en el internacional, y en sus desarrollos legales, una presunción a favor de la familia biológica, en el sentido de que ésta se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita. Esta presunción, que se deduce del mandato del artículo 44 Superior según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia, y forma parte de los criterios jurídicos existentes para determinar el interés superior de menores en casos concretos, no obedece a un “privilegio” de la familia natural sobre otras formas de familia - ya que todas las distintas formas de organización familiar son merecedoras de la misma protección -, sino al simple reconocimiento de un hecho físico: los niños nacen dentro de una determinada familia biológica, y sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes.

En otras palabras, el derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa prima facie, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los

padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario.

3.4.2. Son múltiples las normas internacionales que apoyan esta presunción ab initio a favor de la familia biológica. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 7-1 que los menores tienen derecho a conocer a sus padres y a ser criados por ellos, en la medida en que ello sea posible; el artículo 9-1 ibidem dispone que los niños no serán separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medien circunstancias que lo justifiquen en consideración al interés prevaleciente de los menores; y el artículo 20-1 de la citada Convención establece que los niños que hayan sido privados en forma temporal o permanente de su propio entorno familiar, serán objeto de especial protección, la cual se puede materializar -entre otras alternativas- en la iniciación de procedimientos de adopción o de colocación en familias alternativas. De igual forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece, en su Principio 6, que cuando ello sea posible, los menores tendrán derecho a crecer bajo el cuidado y la responsabilidad de sus padres, y precisa que los niños de corta edad únicamente podrán ser separados de su madre en circunstancias excepcionales. Por su parte, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre 3 de 1986, consagra el principio según el cual la primera prioridad para un niño estriba en ser cuidado por sus propios padres, por lo cual las medidas de protección tales como la ubicación en hogares sustitutos o adoptivos únicamente serán procedentes cuando el cuidado de los padres biológicos no esté disponible, o sea inadecuado. Igualmente, el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996, dispone en su preámbulo que “cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en la familia de origen” 24. En el mismo sentido, el artículo 5 del Código del Menor colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres, y a ser cuidados por ellos.

La presunción a favor de la familia biológica únicamente puede ser desvirtuada con

argumentos poderosos sobre su ineptitud para asegurar el bienestar del niño, o sobre la existencia de riesgos o peligros concretos para el desarrollo de éste, de conformidad con los criterios arriba establecidos. Por otra parte, la prueba sobre la existencia de tal ineptitud o tales riesgos le corresponde no a la familia biológica, sino a quien pretende desvirtuar la presunción para efectos de sustentar la ubicación del menor en cuestión en un ambiente familiar alternativo.

3.4.3. No obstante, debe precisar la Sala que en los casos de niños que han sido entregados físicamente a su familia adoptiva, la presunción a favor de la familia biológica deja de operar, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor; en esto radica el carácter irrevocable de la adopción, una vez se ha consolidado el proceso respectivo. Ello no implica que los niños que se encuentran en estas circunstancias nunca puedan ser restituidos a su familia biológica; únicamente significa que frente a estos casos, debe evaluarse cuidadosamente si resulta más benéfico para el menor permanecer con su familia adoptiva. En otras palabras, parte integral del análisis destinado a establecer el interés superior de un menor entregado en adopción, en los eventos en que se esté debatiendo su permanencia con su familia biológica o con otro grupo familiar, consiste en determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan. Si se determina que la separación puede incidir negativamente sobre la estabilidad del menor, habrá de adoptarse la solución más apta para propiciar un desarrollo continuo y estable de su personalidad. Esta regla, que ha sido aplicada en casos anteriores por la Corte Constitucional<sup>25</sup> constituye una particularización del criterio analítico enunciado en el acápite (3.1.1.) de esta providencia, según el cual se deben proveer las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo integral, armónico y estable de los niños.

3.4.4. En relación con esta última regla, es necesario hacer referencia a los derechos de las personas que se postulan y son aprobadas por las instituciones competentes como padres adoptantes, quienes aún antes de la entrega física del menor a quien las autoridades han asignado su hogar, son titulares de una expectativa legítima que no puede ser desconocida en forma arbitraria por las autoridades. En efecto, si bien esta Corporación ha establecido que no existe como tal un derecho constitucional a adoptar -quienes deseen hacerlo deben

llenar ciertos requisitos mínimos de idoneidad establecidos por la ley-,<sup>26</sup> ello no quiere decir que las personas que se han sometido voluntariamente al procedimiento de selección para convertirse en padres adoptivos puedan quedar desprotegidas frente a actos injustificados de las autoridades o de los particulares, mucho menos si después de los trámites inherentes al proceso de adopción, ya han sido seleccionados para recibir en su familia a un niño.

La anterior posición se sustenta en dos razones básicas: (a) en primer lugar, quienes se postulan como potenciales padres adoptivos obran en función de motivos fundamentalmente humanitarios, encaminados a ofrecer las condiciones para promover el interés superior del menor, a saber: el deseo de proporcionar una familia a un menor desprotegido, y de proveerle el afecto, cuidado y atención de los cuales carece; y (b) en virtud de su sometimiento de buena fe a los extensos trámites de evaluación, calificación y selección inherentes al proceso de adopción de un menor, quienes resultan elegidos por las autoridades competentes para ser padres adoptivos, cuando se ha adelantado un proceso de adopción, adquieren una verdadera confianza legítima frente a dichas autoridades, consistente en que, a menos que se presente alguna de las causas previstas en la ley, tal proceso de adopción llegue a su término normal con la entrega del menor correspondiente, y que no sea dilatado, suspendido ni mucho menos retrotraído -regla que constituye, igualmente, una materialización del derecho constitucional al debido proceso, que se debe observar en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, incluidos los procesos de adopción-. Esta confianza legítima, que es digna de protección constitucional incluso antes de la entrega física del menor al hogar adoptivo, se fortalece significativamente cuando dicha entrega ya se ha efectuado, en forma correlativa al interés superior de dicho menor en contar con una familia estable, y adquiere el carácter de un verdadero derecho de los padres a estar con su hijo (o hija) adoptivo, y viceversa, una vez se encuentre en firme la sentencia de adopción correspondiente.

Por eso, en algunos casos esta Corte ha decidido que el menor entregado después de un proceso de adopción a sus padres adoptantes, debe permanecer con ellos para preservar el interés superior del adoptado y el derecho de los adoptantes, así se hubieren presentado irregularidades o inclusive vicios que tales padres adoptantes desconocían absolutamente puesto que obraron de buena fe.<sup>27</sup> Incluso cuando el proceso de adopción no ha tenido lugar pero, de facto, el niño se ha incorporado a una familia, la jurisprudencia constitucional ha defendido su permanencia dentro de ésta.<sup>28</sup>

#### 4. El interés superior de los menores involucrados en procesos de adopción

4.1. Si la determinación del interés superior del menor debe ser el norte de cualquier decisión que involucre los derechos de los niños, ello resulta especialmente claro cuando se trata de adoptar medidas de protección a su favor, y más cuando como resultado de dichas medidas, los niños pueden ser separados de su familia biológica. Los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor. Así, en el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional se establece que las adopciones internacionales deben tener lugar “en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales” -meta que se adopta como objeto mismo del Convenio en el artículo 1-, mientras que la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, anteriormente citada, dispone en su preámbulo que en cualquier proceso de colocación en un hogar sustituto o de adopción, los intereses superiores de los niños implicados deberán ser la consideración primordial.<sup>29</sup>

El artículo 88 del Código del Menor 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”. Esta norma debe ser interpretada a la luz de los instrumentos y tratados internacionales sobre derechos de los niños que vinculan a Colombia,<sup>30</sup> según los cuales la adopción es, ante todo, una medida destinada a proveer al niño que no puede ser atendido por sus propios padres con una familia permanente;<sup>31</sup> es decir, una medida subsidiaria que se toma primordialmente en interés del niño que va a ser adoptado, con el fin de darle un entorno familiar apto para su desarrollo integral,<sup>32</sup> ya que su propia familia biológica no cumple con las condiciones mínimas para ello, o representa un riesgo claro para su bienestar.

4.2. La Corte ya se ha referido en anteriores pronunciamientos al carácter tuitivo y subsidiario de la adopción en el sistema colombiano; así, ha afirmado que con la adopción “no se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento

de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre”,<sup>33</sup> y que “en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad”.<sup>34</sup> De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha conceptualizado la adopción como un mecanismo primordialmente orientado a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto: “se desprende del derecho a tener una familia y no ser separado de ésta que en caso de que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece procede la adopción como forma de garantizarlo. Así, quienes no son padres biológicos contraen por ministerio de la ley las obligaciones que tiene un padre natural. El hijo a su vez encuentra en este nuevo núcleo no natural a la que de ahora en adelante será su familia, a la cual pertenecerá y de la cual no debe ser separado”.<sup>35</sup> En el mismo sentido, se ha afirmado que la adopción “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.”<sup>36</sup>

4.3. En conclusión, dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor<sup>37</sup>, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables. Por lo mismo, procederá ahora la Sala a evaluar, desde la perspectiva del interés superior del menor, cuál es el régimen jurídico aplicable en Colombia a este tipo de procesos, y en particular, al otorgamiento y la revocación del consentimiento para dar a un niño en adopción.

## 5. El consentimiento informado

5.1. En virtud de los principios de dignidad, de autonomía y pluralismo que rigen una sociedad democrática, legislativa y jurisprudencialmente se ha establecido que toda persona tiene derecho a tomar las decisiones que le afecten, o por lo menos a participar en el proceso para adoptarlas. Reconocer la manifestación libre y auténtica de la voluntad de toda persona como uno de los fundamentos de sus deberes y derechos, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, es la manera como la Constitución garantiza a toda persona que pueda ser el artífice de su propia vida y ser tratado con respeto a su dignidad humana.

5.2. Toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cuál opción seguir, entre las

diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. De acuerdo con esto, la Constitución reconoce que dentro de los límites que ella misma traza, existen diferentes concepciones de bien y de mundo, igualmente válidas, desde las cuales toda persona puede construir legítimamente un proyecto de vida. La obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de estos principios, implica fijar condiciones especiales para la manifestación del consentimiento en los casos en que la expresión libre y autónoma de la voluntad, con relación a un ámbito celosamente protegido por la Constitución Política, depende de poder hacerlo en determinada oportunidad, de acuerdo con un conjunto de conocimientos específicos o con base en el uso de ciertas habilidades. Por eso, en ocasiones, se exige que el consentimiento sea informado, es decir, apoyado en la información necesaria que le permita a la persona comprender el significado, el riesgo, el alcance y los efectos principales de su decisión. El ordenamiento jurídico ha venido precisando cuáles son aquellos casos en los que se exige que el consentimiento de una persona apta para darlo, se dé bajo ciertas condiciones especiales con relación a la información con que cuenta la persona.<sup>38</sup>

Los ámbitos dentro de los cuales la ley y la jurisprudencia constitucional han señalado que se requieren condiciones especiales de información y aptitud, para que se tenga por válido el consentimiento, son de diversa índole. Su principal desarrollo se ha dado en el campo de la práctica médica, debido al grado de intervención que conlleva para la vida y para la integridad física de un ser humano someterse a ciertos tratamientos o consumir determinados medicamentos, (en especial cuando se trata de tratamientos experimentales o de nuevas tecnologías).<sup>39</sup> No obstante, son muchos los otros campos dentro de los cuáles se ha exigido que la manifestación de voluntad se haga en dichas condiciones especiales. En el ámbito de los derechos políticos, por ejemplo, la Corte ha considerado que en cuanto al apoyo ciudadano a un movimiento o partido político, "(...) el consentimiento que expresan las personas debe ser producto de una decisión informada. El ciudadano debe poder saber qué es lo que va a apoyar."<sup>40</sup> En el ámbito del derecho penitenciario, la Corte ha declarado la constitucionalidad de disposiciones contenidas en tratados internacionales de los que Colombia es parte, en los que se determina que el traslado de presos entre las naciones que hacen parte del acuerdo no puede ser forzoso y requiere del consentimiento informado del recluso.<sup>41</sup>

La exigencia constitucional de que el consentimiento que otorgan las personas, en ocasiones, sea informado, no es una garantía ajena o extraña a la concepción tradicional del

consentimiento en el derecho civil. En virtud de la protección a la autonomía de la voluntad, la ley civil exige que los consentimientos existan y sean válidos. Esto supone que el consentimiento sea pleno, es decir, sea consciente de cuál es el acto que se está realizando y cuáles son sus principales consecuencias. De hecho, se trata de un requisito que cada día adquiere una mayor relevancia dentro del ámbito jurídico, por cuanto las nuevas formas negociables suelen dificultar la posibilidad de entender cabalmente los efectos jurídicos del acto realizado.

5.3. Adicionalmente, la Corte ha considerado situaciones en las que el grado de afectación sobre la persona es tal, que el consentimiento no sólo ha de ser informado, sino también cualificado. Es decir, casos en los que no basta con brindarle la información necesaria a la persona para que pueda decidir consciente y libremente, puesto que es preciso considerar aspectos adicionales respecto a la oportunidad para manifestarse, a la manera como la información debe ser presentada, o a la forma como la voluntad debe ser expresada. Esta clase de consentimiento informado y cualificado se requiere, por ejemplo, para poder operar a un menor “hermafrodita” y definir su sexualidad<sup>42</sup> o para proteger el libre ejercicio de los derechos reproductivos de una mujer que tiene problemas mentales.<sup>43</sup> Otro caso en el que el consentimiento informado no es suficiente para salvaguardar los principios de dignidad, autonomía y pluralismo, y por tanto requiere que sea cualificado de acuerdo con sus especificidades y particularidades, es, precisamente, el consentimiento para dar en adopción, tema que se desarrollará posteriormente.

5.4. Los casos en los que un consentimiento se tiene por válido sólo si se cumple con ciertos requisitos, son situaciones en las que (i) se requiere que una persona tome una decisión, manifestando libre y autónomamente su voluntad, (ii) se encuentran en juego valores, principios o derechos constitucionales de gran importancia, (iii) no es posible comprender adecuadamente las dimensiones, alcances, riesgos y consecuencias de la decisión y sus alternativas, sin contar con información específica (en muchas ocasiones técnica) y (iv) la capacidad emocional, física o psicológica de la persona que va a decidir puede verse afectada y llevarla a tomar decisiones que, por fuera de ese estado anímico y físico, nunca adoptaría.

Aunque es posible establecer elementos comunes respecto a qué se debe entender por consentimiento informado, es preciso advertir que en cada uno de los ámbitos en los que éste se requiere, deben observarse las especificidades y características propias del caso,

prestando especial atención a los diferentes valores constitucionales involucrados. Así, por ejemplo, decisiones como las de someterse o no a un determinado procedimiento médico que afecte de manera exclusiva a quien va a ser objeto de éste, las dicha persona toma de forma libre, autónoma e informada. En estas circunstancias, por lo tanto, la posibilidad que eventualmente pueden tener los padres, los familiares, o el Estado, de tomar una decisión en nombre del afectado mediante un “consentimiento sustituto”, se debe a que la persona en cuestión no está en condiciones para poder tomarla, pese a la urgencia de hacerlo.<sup>44</sup>

5.5. El consentimiento para adoptar es una manifestación de voluntad que es protegida especialmente, de acuerdo con los criterios antes establecidos.

La determinación de “dar en adopción” es un caso en el que: (i) alguien debe tomar libre y autónomamente un decisión; (ii) que afecta de manera considerable los derechos prevalentes de un menor -en especial su derecho a tener una familia- e incide en los derechos de los padres biológicos o de los responsables del menor; (iii) que requiere información técnica y precisa sobre los alcances jurídicos tanto de la decisión de dar en adopción como de la adopción misma y de las eventuales consecuencias psicológicas y prácticas; y (iv) que debe tomarse considerando ante todo el interés superior del menor. Así pues, a diferencia del caso de la intervención quirúrgica, en el cual la decisión la entran a tomar los padres tan sólo subsidiariamente ante la urgencia y la imposibilidad de que el hijo lo haga por sí mismo, en el caso del consentimiento de “dar en adopción” la decisión la toman los padres, aun cuando el menor esté en capacidad de pronunciarse. Al manifestar su consentimiento de “dar en adopción” los padres toman una decisión que les compete y los afecta directa y permanentemente. La afectación es grande por cuanto consiste en determinar si se quiere mantener o no, por el resto de la vida, el lazo de filiación con un hijo. Y les compete, en la medida que de acuerdo a la ley, quien toma esta decisión es quien ejerce la patria potestad sobre el menor que se vaya a dar en adopción.

No se trata por tanto de un consentimiento sustituto, que se otorga en nombre de otro ante la imposibilidad de que se manifieste; se trata de la decisión libre y autónoma de considerar, en virtud de la patria potestad y de acuerdo al interés superior del niño, que la mejor decisión posible es entregar al menor en adopción. En materia de adopción, las normas señalan la necesidad de que el menor manifieste su voluntad cuando sea posible contar con ella, pero, como se dijo, ello no excluye el requisito de que los padres se manifiesten

también.

Ahora bien, en virtud del interés superior del menor y de los principios de dignidad, autonomía y pluralismo, propios de una sociedad democrática, los padres o los responsables de un menor pueden darlo en adopción, mediante un consentimiento cualificado, por cuanto debe ser apto, asesorado e informado, como se explica más adelante. A continuación, pasa la Sala a formular algunas advertencias previas en torno al tema del consentimiento para dar en adopción y, posteriormente, a analizar la normatividad que consagra legalmente esta figura jurídica.

## 6. El consentimiento de una madre biológica para dar un hijo o una hija en adopción

Antes de entrar a analizar cómo se encuentra regulado dentro del orden constitucional vigente el consentimiento para dar en adopción, especialmente cuando éste lo da la madre biológica, la Sala Tercera de Revisión considera pertinente hacer algunas aclaraciones previas.

6.1. El hecho de que una madre decida dar en adopción un hijo, por sí sólo, no dice nada acerca de su calidad como madre y mucho menos como persona o como mujer.

Uno de los prejuicios contra una mujer que entrega un hijo en adopción es considerarla “una mala madre”, “una madre insensible” capaz de haber abandonado al ser que se gestó en sus entrañas. Sin desconocer que existen casos en los que tal situación puede suceder, de hecho, usualmente no ocurre así; tan sólo se trata de un juicio precipitado que se suele hacer de las madres que toman esta decisión, previo a cualquier análisis o consideración del caso específico.

Para desvanecer este prejuicio, en primer término, se debe distinguir entre dos conceptos: “abandonar a” alguien y “separarse de” alguien.<sup>45</sup> El abandono, según el Código del Menor, se da cuando un niño se encuentra en una grave situación de desprotección por la ausencia total de sus responsables, o cuando pese a estar presentes, no representan una garantía ni para la correcta formación del menor ni para su protección, bien sea porque no lo cuidan o porque ellos mismos son quienes lo afectan.<sup>46</sup> El abandono tiene como nota característica la situación de riesgo y desprotección del menor, no el hecho de que sus padres se hayan separado o no de él. Por eso, cuando los padres son una amenaza para el

menor, la ley considera que éste se encuentran en situación de abandono, y, por tal razón, puede ser protegidos por el Estado dándolo en adopción sin requerir consentimiento alguno de sus padres.

El separarse de los hijos implica una situación de hecho que puede constituir o no abandono. Así, si unos padres abandonan a su hijo en el bosque por considerarlo indeseado,<sup>47</sup> claramente lo están abandonando. Pero ello no ocurre cuando una madre se separa de sus hijos para enviarlos lejos de la ciudad en que viven y evitar que mueran en ataques bélicos,<sup>48</sup> o cuando una madre entrega su hijo a sus abuelos o familiares para que lo críen lejos de las hostilidades que debe enfrentar la niñez en muchas zonas marginales, tal y como ocurre en muchas partes de Latinoamérica. En estos casos, aunque la madre se separó del menor, éste no se encuentra en estado de abandono, es más, el motivo mismo de la separación es proteger el interés superior del menor. De la misma forma, en ocasiones, cuando una madre decide separarse definitivamente de su hijo y lo da en adopción, lo hace precisamente porque a su juicio, es lo mejor para el interés superior de su hijo.

En efecto, debido a las limitaciones técnicas y científicas de la época, el Rey Salomón murió sin saber a ciencia cierta si la madre a quien resolvió entregar el niño en el famoso juicio bíblico, era en realidad la “madre biológica”. Lo que nunca dudó y le permitió decidir cuál era la “verdadera madre”, fue la habilidad para establecer cuál de las dos mujeres que reclamaban el niño prefería ser separada definitivamente de él, antes de permitir que se le causara daño alguno.

6.2. Aunque la decisión debe estar orientada a la protección del interés superior del menor, constitucionalmente es legítimo para la madre considerar su propio interés sin anteponerlo al del menor

Otro de los problemas que enfrenta una madre al dar en adopción un hijo, consiste en que cualquier tipo de consideración que haga en su propio interés e influya en la decisión de la adopción suele ser censurado y entendido como un criterio para identificar una “mala madre”.

Las consideraciones que haga una madre de su interés propio a la hora de decidir si entrega en adopción a su hijo o no, son legítimas constitucionalmente. El derecho a la autonomía personal protege las consideraciones de la mujer acerca de su proyecto de vida y el lugar

que dentro de él tendría un hijo o una hija. No obstante, en caso de que exista un conflicto irresoluble entre los intereses de la madre y el interés superior del menor, deberá primar este último, pues como lo establece el Código del menor en su artículo 20: “las personas y las entidades tanto públicas como privadas que (...) tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.”

6.3. La manifestación de la voluntad de dar en adopción no implica necesariamente el deseo de querer separarse del hijo.

6.3.1. Otro aspecto que puede resaltarse de los casos citados es que el hecho de que una madre manifieste su voluntad de entregar un hijo en adopción no implica necesariamente que esa sea también su intención y su deseo. Así, tanto las madres que se desprenden de sus hijos para que no los alcancen las bombas en una guerra, como las madres que buscan un mejor entorno para el crecimiento y desarrollo de sus hijos, deciden separarse de sus hijos, pese a no ser éste su deseo. Las circunstancias pueden llevar a una madre a concluir que el interés superior de sus hijos implica, necesariamente, alejarse de ellos en contra del deseo de vivir a su lado.

Tal era el caso de las madres de la clase trabajadoras parisina durante el siglo XIX. En esta época, como la leche pasterizada aún no existía, los niños debían ser alimentados necesariamente con leche materna, pues de lo contrario no sobrevivían. Las madres trabajadoras enfrentaban el siguiente dilema, o renunciaban al trabajo y amamantaban sus hijos a costa de disminuir en gran medida sus ingresos o los enviaban a unas casas afuera de París en donde serían amamantados por nodrizas. Aproximadamente 20.000 niños eran enviados por año, pese a la certeza que de cada tres niños, uno no regresaría.<sup>49</sup> Para estas madres lo difícil en aquel momento era tomar la decisión de quedarse con sus hijos y no entregarlos, pues la presión que el entorno ejercía sobre ellas era en este último sentido. Por eso, es difícil considerar que las respuestas que den las madres a estos dilemas de si conservan o no a sus hijos puedan hacerse individualmente, por fuera del contexto cultural, histórico, social y económico en que la mujer se encuentre.

6.3.2. Actualmente en Latinoamérica y en varios de los países en desarrollo, las madres, especialmente aquellas que son jóvenes, solteras y tienen escasos recursos económicos, se enfrentan a una realidad social y económica bastante difícil para poder criar a sus hijos en las

condiciones que ellas desearían. Esta situación, sumada a muchas otras causas, como la ausencia de políticas serias de control de natalidad para evitar embarazos indeseados o de apoyo y ayuda a las madres para que puedan atender a sus hijos, ha llevado a un incremento considerable en el número de niños dados en adopción.

Según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en 1999 fueron dados en adopción 1.904 niños, de los cuales 964 se quedaron con familias colombianas y 940 con familias extranjeras.<sup>50</sup> Según información publicada por el diario Espectador (25 de mayo de 2003): “El ICBF entrega al año en adopción 1.500 menores. De este número, el 70% corresponde a solicitudes internacionales y un 30% a nacionales.”

Según los datos con que cuentan los Consulados de la República de España, la adopción de niños por parte de las familias españolas ha crecido últimamente de forma considerable: en 1997 fueron adoptados 942 niños; en 1998, 1.487 niños; en 1999, 2.006 niños, en 2000, 3.062 niños; y en 2001, 3.428 niños. Aunque el aumento más grande ha sido el de los niños provenientes de Europa del Este (de 97 niños dados en adopción en 1997 a 1.569 niños en 2001), el grupo proveniente de latinoamericana se ha mantenido alto (631 niños en 1997; 960 niños en 1998; 895 niños en 1999; 905 niños en 2000 y 721 niños en 2001). Ahora bien de esta cuota regional (Latinoamericana) de menores dados en adopción en España, buena parte le corresponde a Colombia (250 niños en 1997 —39.6%—; 393 niños en 1998 —40.9%—; 361 niños en 1999 —40.3%—; 414 niños en 2000 —45.7%—; y 319 niños en 2001 —44.2%—). Además de estas cifras oficiales, existe un mercado negro, que aunque no se puede calcular con precisión, también es de dimensiones considerables (según un reporte de Interpol, comparando las cifras de los países de recepción con las cifras de los países de origen, entre 1996 y 1997 más de 1.200 niños fueron dados en adopción sin el consentimiento del ICBF).<sup>51</sup>

El contexto social y económico en el que se encuentran muchas mujeres que son madres jóvenes solteras, puede ser determinante para llevar a muchas personas a considerar la posibilidad de dar en adopción un hijo. El problema que buena parte de la niñez latinoamericana debe enfrentar es similar. Muchas madres solteras y jóvenes a lo largo del continente, enfrentan embarazos no deseados o no consentidos, en condiciones de precariedad económica. El reproche social constante al que muchas mujeres desafortunadamente aún tienen que enfrentarse, por su condición de madres solteras, la

angustia producto de sentirse incapaces de salir adelante en su nueva situación, y las duras limitaciones económicas y materiales que la realidad les impone, son factores que motivan a muchas mujeres a considerar como única alternativa posible “dar en adopción”. Por este motivo, las reacciones y comportamientos de una mujer como la accionante en el caso de tutela bajo revisión (Beatriz), no se distancia mucho de la actitud que asumen otras mujeres colombianas y latinoamericanas en situaciones similares.<sup>52</sup>

El reconocimiento de esta realidad, implica una gran responsabilidad por parte del Estado dentro del trámite de la recepción y valoración del consentimiento para dar en adopción. No puede entonces un funcionario del ICBF, por ejemplo, aceptar ingenuamente todas y cada una de las razones que se presentan para justificar la decisión, así como tampoco puede creer que la determinación adoptada en las circunstancias antes mencionadas es una decisión que refleja la verdadera intención y deseo de la madre, tomada con absoluta certeza de sus consecuencias jurídicas e implicaciones prácticas. Los funcionarios estatales tienen la carga de comprender y respetar el espacio de duda, así como aconsejar y guiar a la madre para tomar la mejor opción.

Pasa la Sala a continuación a analizar la institución jurídica del consentimiento para dar en adopción como uno de los casos en que el consentimiento debe ser informado y cualificado.

7. Para que sea idóneo constitucionalmente el consentimiento de dar a un menor en adopción debe ser apto, asesorado e informado

La norma del Código del Menor (Decreto Ley 2737 de 1989) que consagra la figura del consentimiento informado y cualificado para dar en adopción es el artículo 94, la cual lo hace en los siguientes términos,

Código del Menor, artículo 94.- La adopción requiere el consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, o el de uno de ellos a falta del otro, manifestado personalmente ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción.

El consentimiento del padre o madre menor de edad tendrá plena validez si se manifiesta con las formalidades señaladas en el inciso anterior.

A falta de las personas designadas en el presente artículo, será necesaria la autorización del Defensor de Familia expresada por medio de resolución motivada.

Si el menor fuere púber será necesario, además, su consentimiento.

Parágrafo 1.- En todo caso, antes de transcurrido un (1) mes desde la fecha en que los padres otorgaron su consentimiento podrán revocarlo. Transcurrido este plazo el consentimiento será irrevocable.

Parágrafo 2.- Para los efectos del consentimiento a la adopción, se entenderá faltar el padre o la madre, no sólo cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por la Dirección de Medicina Legal, y en su defecto, por la Sección de Salud Mental de los Servicios Seccionales de Salud de la respectiva entidad territorial, a solicitud del Defensor de Familia. (acento fuera del texto)

Pasa a continuación la Sala de Revisión a analizar esta disposición, en el marco del orden constitucional vigente.

#### 7.1. Pautas de interpretación de la normatividad sobre el consentimiento informado

Ahora bien, antes de analizar la norma en las partes referentes a cómo se otorga el consentimiento para dar en adopción en casos como el que se resuelve mediante esta sentencia, es preciso indicar pautas constitucionales de lectura de esta norma.

7.1.1. La primera es la siguiente: el intérprete debe prestar atención a que la lectura de la norma sea acorde con la Constitución de 1991, pues se trata de una disposición que fue expedida bajo la vigencia de la Constitución de 1886. No obstante, debido que la fecha de expedición del Código del Menor (Decreto Ley 2737) fue el 27 de noviembre de 1989, se inspiró en una política legislativa no muy distante de la que animó a los constituyentes a consagrar los derechos de los niños en los términos en que lo hizo en el artículo 44. Por ejemplo, el texto de la Constitución consagra los derechos de los niños como derechos fundamentales, constitucionalizando así lo ya reconocido en el artículo 1° del Código del Menor, cuando advierte que su objeto es “consagrar los derechos fundamentales del menor”.

7.1.2. La segunda pauta de lectura es que el consentimiento en cuestión no es una figura

jurídica aislada. Es uno de los requisitos legales de la medida de protección de adopción de un menor, contexto dentro del cual la disposición debe ser leída. En otras palabras, el consentimiento contemplado en el artículo 94 del Código debe entenderse como una figura jurídica encaminada a materializar algunos de los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución (artículo 44, C.P.) como en el propio Código. Específicamente: el derecho a la protección y al cuidado, para garantizar el desarrollo adecuado y completo del menor,<sup>53</sup> el derecho a que se le defina su filiación<sup>54</sup> y el derecho a tener una familia, crecer en ella y no ser separado por ella, salvo en su propio interés.<sup>55</sup> En los casos en lo que se señala que el menor deberá expresar también su consentimiento en ser adoptado, el artículo 94 no hace nada diferente a desarrollar el derecho fundamental a expresar libremente su opinión y a conocer sus derechos.<sup>56</sup> A esto se suma la manifestación expresa del artículo 44 de la Constitución que señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás.

7.1.3. La tercera pauta que ya fue desarrollada ampliamente por esta sentencia, es que cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, el interés superior del menor se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.)<sup>57</sup> El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: “la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.” El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura.

No se trata de una regla de interpretación residual que sólo debe usarse en aquellos casos en que la ley “no sea clara”, se trata de una pauta de interpretación obligatoria en todos los casos. En otras palabras, no es aceptable dentro del orden constitucional vigente entender el significado de una norma del Código del Menor, tanto en general como en el caso concreto, que no implique en efecto, la protección del interés superior del menor, así se trate de una lectura fiel al texto.

7.1.4. La cuarta pauta es que esta norma, al igual que el resto de disposiciones del Código del Menor, es de orden público, lo que implica (1) que los principios que ella contempla son irrenunciables, y (2) que esta norma prevalece y debe ser aplicada con preferencia sobre otras leyes.<sup>58</sup>

7.1.5. Finalmente la quinta y última pauta a seguir, es que los Tratados y Convenios internacionales ratificados y aprobados por Colombia “relacionados con el menor” por orden expresa del Código del Menor, deberán servir de guía tanto para interpretar como para aplicar lo dispuesto en el artículo 94 de dicho Código, al igual que para el resto de normas del mismo. Esta pauta se encuentra explícitamente consagrada en los artículos 93 y 44 de la Constitución Política y en el artículo 19 del Código del Menor.<sup>59</sup> Una vez establecidos estos cinco parámetros de lectura de la norma, entra la Sala a analizarla, desarrollando específicamente el caso en que el consentimiento para dar en adopción es otorgado exclusivamente por la madre, tal y como ocurrió en el presente proceso.

7.2. El consentimiento de dar en adopción, en especial cuando se trata de un bebe y lo otorga la madre biológica

7.2.1. En primer lugar debe señalarse que el consentimiento es un requisito de la adopción. Es decir, el legislador exige que en cualquier caso que se vaya a dar en adopción a una persona, quién tenga legalmente el deber de velar y cuidar al menor en defensa de su interés superior, ha de pronunciarse al respecto y expresar su consentimiento de darlo en adopción.

7.2.2. El consentimiento de dar en adopción debe ser libre de vicios, esto es, exento de error, fuerza o dolo. Cuando una madre soltera da en adopción, su consentimiento, debe ser fruto de una decisión libre y autónoma, no puede ser producto de presiones indebidas, de amenazas o de engaños. Se trata pues de las condiciones generales que toda manifestación de voluntad debe respetar según la ley civil.<sup>60</sup>

7.2.3. El consentimiento debe ser informado y asesorado. Según el artículo 94 del Código del Menor, cuando el consentimiento es otorgado por quienes ejercen la patria potestad, deben hacerlo manifestándose “(...) personalmente ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción” (acento fuera del texto de la norma). De esta manera el Código impide que la manifestación de voluntad sea un mero acto formal. Quienes ejercen la patria potestad debe ser plenamente conscientes de lo que están haciendo, de los alcances de su decisión y sus efectos.

Esta norma debe ser leída a la luz de la disposición de la Convención Relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de la Haya (29 de mayo de

1993),<sup>61</sup> que en su artículo cuarto señala,

#### Artículo 4

Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

(...)

c) se han asegurado de que

1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,

(...)

d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,

1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,

2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, (...)62

Esta disposición es vinculante para determinar el alcance normativo del artículo 94 del Código del Menor, como se dijo, por mandato expreso de la Constitución y del propio Código. Pero adicionalmente, el hecho de que el caso bajo revisión tenga por objeto un proceso de

adopción internacional, implica que el artículo 4° de la Convención de la Haya es la regla aplicable. Este tipo de adopciones son precisamente el ámbito de aplicación de la Convención de la Haya.<sup>63</sup>

7.2.3.1. Tanto la norma nacional (artículo 94 del Código del Menor) como la internacional (artículo 4°, Convención de la Haya, 1993) establecen que el consentimiento debe ser informado, pero a la vez lo califican. En el caso nacional se exige que la persona que dé en adopción sea ampliamente informada, en tanto que la Convención exige que sea debidamente informada. Esta calificación respecto a cómo ha de ser informada la persona que otorga el consentimiento, tiene sin duda una fuerza normativa importante. No basta con dar la información, debe brindarse toda la que sea necesaria y hacerlo de la mejor forma posible, teniendo en cuenta las condiciones y capacidades de la persona que la recibe.

El criterio que contiene el Código del Menor, según el cual se debe informar ampliamente, es de carácter cuantitativo, es decir, hace referencia a la cantidad de información. No puede darse una información sucinta, general, vaga, superficial o excesivamente básica. Es preciso dar toda aquella información que sea relevante y pertinente para lograr una cabal comprensión de la institución del consentimiento para dar en adopción y, por supuesto, de la institución de la adopción misma. En especial, es relevante y pertinente que se informe acerca de las consecuencias jurídicas de dicho consentimiento así como del plazo para revocarlo y de los efectos del vencimiento de dicho plazo cuando el consentimiento no es revocado. También lo es que se informe sobre las alternativas a la adopción y el apoyo que eventualmente puede exigir la madre o los padres, cuando el motivo que lo llevó a dar a su hijo en adopción es la falta de recursos económicos para mantenerlo. Además, la amplitud de la justificación comprende las consecuencias prácticas de las decisiones y etapas principales del proceso, comunicadas en un lenguaje complementario del técnico, con el fin de que la madre, o quien ejerza la patria potestad, pueda comprender realmente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión. Adicionalmente se debe dar toda aquella información que se requiera en el caso concreto y deben responderse todas las preguntas que se formulen.

Ahora bien, para que una persona pueda ser amplia y debidamente informada debe brindársele un tiempo de reflexión. Una vez que los funcionarios le proporcionan a la madre, o a quien ejerza la patria potestad del menor, la información que constitucional y legalmente

se requiere para emitir el consentimiento de dar en adopción, es preciso concederle un tiempo en la mayor calma y tranquilidad posible para permitir que la información pueda ser repasada y analizada. Es en este momento en que la madre o quien ejerza la patria potestad, podrá meditar respecto a lo que se le dijo, sopesar las consecuencias de su eventual decisión y concretar las dudas que tiene. Sólo después de haber tenido un espacio de reflexión se podrá saber si se desea o no, en realidad, asumir las consecuencias de la decisión de dar en adopción.

Como se estableció, una de las pautas hermenéuticas que han de guiar la lectura de esta norma, consiste en entenderla, ante todo, como una medida protectora del menor, que atiende a su interés superior. Así pues, pese a que la información también se otorga para proteger los derechos e intereses de quien da el consentimiento, no sería posible que se renunciara a ese derecho por cuanto ello iría en contra del interés del menor. En efecto, mientras que en el ámbito de la medicina, por ejemplo, una persona puede legítimamente renunciar a su derecho a ser informado en detalle sobre las eventuales consecuencias negativas y riesgos de una operación, por estar decidido a practicársela y creer que entre menos temores tenga, más positiva será su actitud y mayor puede ser el grado de éxito, en el caso del consentimiento para dar en adopción no es posible tal renuncia, máxime si se trata de normas de orden público.

La exigencia de que la persona sólo puede dar en adopción luego de ser amplia y debidamente informada es una garantía de protección, en primer término, para el menor. En la medida que el consentimiento de dar en adopción es irrevocable después de un mes de otorgado, según el artículo 94 del Código del Menor, debe contarse con un consentimiento seguro y estable que no ponga en riesgo el trámite de adopción. Por eso, la “prueba de fuego” de la seriedad, la seguridad y la estabilidad de una manifestación de consentimiento mediante la cual se dio a un menor en adopción es, precisamente, que no sea revocado.<sup>64</sup>

7.2.3.2. El artículo 4° de la Convención de la Haya desarrolla un parámetro que se encuentra implícitamente en el artículo 94 del Código, a saber, no basta con que se le brinde la información a la persona y se asegure que la comprendió cabalmente; se requiere también que la persona sea convenientemente asesorada. Esto es, la madre, o la persona que ejerza la patria potestad, debe ser aconsejada y guiada. No basta con suministrar amplia y debidamente la información si quien la recibe no la comprende realmente en su cabal

dimensión y alcance, ni sabe cómo usarla y qué consecuencias se derivarán de decidir algo al respecto. Solo a partir de ese grado de conciencia sobre el acto propio se puede entender que el consentimiento fue pleno.

El Defensor de Familia debe asesorar a la madre que va a tomar la decisión de dar un menor en adopción o asegurarse de que esta reciba la asesoría completa, adecuada y oportuna. Debe hacerle ver las posibles alternativas de solución, las diferentes opciones con que cuenta para enfrentar la situación que atraviesa. Ayudarle a reflexionar sobre los prejuicios que pueden afectar la decisión, en especial cuando se advierte que la madre está angustiada. Su consentimiento no sólo debe ser libre por no ser producto de la fuerza, el engaño o el error, deber ser libre también por no ser fruto principalmente de la presión social, de la presión económica, de la ignorancia o de la desesperación transitoria.

7.2.3.3. Ahora bien, surge el siguiente interrogante: ¿Específicamente, cuál es la información que amplia y debidamente debe brindarse a quien manifiesta su voluntad de dar en adopción un menor?

El artículo 94 establece que se debe informar “acerca de las consecuencias y la irrevocabilidad de la adopción”. El artículo 4° de la Convención de la Haya, por su parte, habla de informar debidamente acerca de “las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.”

Analíticamente puede entonces decirse que cuando una persona está considerando en dar en adopción, debe ser amplia y debidamente informada por lo menos acerca de los siguientes aspectos: (a) que su consentimiento debe ser otorgado libremente, sin estar bajo ningún tipo de fuerza, coacción, engaño o presión indebida; (b) que existe la posibilidad de que el menor se dé en adopción internacional; (c) que todo tipo de relación o vínculo legal y familiar con la familia biológica, o con quienes ejercen la patria potestad desaparecerá irrevocablemente; (d) que el menor o la menor adquirirá una relación legal y familiar de manera permanente e irrevocable con su familia, la familia adoptiva; (e) que la familia adoptiva decidirá la suerte del menor de ahora en adelante independientemente de lo que consideren los padres biológicos, aun si los padres adoptivos, por ejemplo, se separan; (f) las consecuencias afectivas, emocionales y psicológicas para ella y para el menor; (g) cuáles son los plazos y los

términos dentro de los que se puede revocar el consentimiento, y cuando se torna irrevocable distinguiendo claramente entre la revocabilidad del consentimiento dentro del término legal de un mes y la irrevocabilidad de la adopción misma; (h) que todas las dudas e inquietudes que tenga puede formularlas, y todas deben ser claramente absueltas; (i) que la decisión de considerar que la adopción es lo mejor para el interés superior del menor, debe tomarse una vez se hayan ofrecido y considerado planes y programas que representen una alternativa de solución; (j) que tiene derecho a recibir el consejo y guía adecuados en especial psicológica, para tomar la decisión, así como también que puede seguir teniendo acceso a dicha guía y consejo; y (k) que no existe una obligación de dar el consentimiento en ese preciso momento puesto que puede darlo posteriormente.

Esta información debe ser suministrada en un lenguaje y de una forma que sea inteligible para quien está considerando la posibilidad de dar en adopción. La presentación técnica, en lenguaje jurídico, es claramente insuficiente para que los padres del menor puedan tener plena conciencia del contenido y de las consecuencias de su decisión. Por ejemplo, el término jurídico irrevocable puede ser preciso desde el punto de vista técnico, pero no es inteligible para quien no es abogado.

7.2.4. Adicionalmente, el consentimiento para dar en adopción a un menor, en especial cuando se trata de un acto de la madre biológica, debe ser apto. La especialísima situación en la que se encuentra una madre en razón a su embarazo y a su condición física y emocional, lleva en ciertos casos a que su manifestación de voluntad se haya expresado bajo unas circunstancias tales, que afectan la aptitud del consentimiento. La importancia del acto de dar en adopción, en especial, el hecho de que se trata de una manifestación de voluntad que se otorga una sola vez en la vida y es definitiva, implica reglas especiales que aseguren que la persona no sólo es apta para manifestar su voluntad en general, sino que es plenamente apta para hacerlo específicamente en el momento en que lo va a hacer. En efecto el inciso primero del artículo 95 del Código del menor señala:

Artículo 95.- No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer.

(...)

En el mismo sentido se manifiesta la Convención de la Haya en su artículo 4º, en donde

señala que las adopciones internacionales consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

c) Se han asegurado de que

(...)

4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

7.2.4.1. En la norma internacional y en la nacional se deja sin ningún tipo de validez el consentimiento que otorgue una madre de dar en adopción su hijo o su hija antes del nacimiento, pues se considera que la madre en estas condiciones no pueden ejercer libre y autónomamente, en forma plena, su voluntad. Una vez se inicia el embarazo, existen circunstancias que pueden llevar a una mujer a considerar que la mejor opción para su futuro hijo, y también para el proyecto de vida de ella, es entregarlo en adopción. Sin embargo, con el paso de los días el embarazo trae innumerables cambios y transformaciones tanto físicas como psíquicas, debido a los cambios hormonales. Durante los nueve meses de embarazo, se altera el cuerpo en forma tal que las visiones y representaciones de sí misma se transforman. Los cambios que experimenta una madre la pueden llevar a ser otra en un sentido muy profundo, y quizá el ser que inicialmente fue motivo de rechazo, luego lo sea de ilusión.

Los consentimientos que se otorgan antes del nacimiento del menor, tienen un porcentaje alto de probabilidad de ser revocados. Un número considerable de madres cambian de opinión en estas circunstancias y solicitan que se revoque el consentimiento de dar a sus hijos en adopción. Que ello ocurra no es bueno para los menores ni para las madres, puesto que puede implicar nuevas rupturas y nuevas separaciones. Por eso, en esta materia la postura asumida por el Código del Menor concuerda con la política legislativa internacional, que busca evitar la inestabilidad de los consentimientos otorgados antes del nacimiento prohibiéndolos o simplemente dejándolos sin efectos.<sup>65</sup>

Para que el consentimiento de dar en adopción sea seguro, serio y estable, se requiere entonces que la persona al darlo haya tomado su decisión en una situación anímica adecuada, en la que emocionalmente está tranquila con su decisión y segura de que eso es lo que ella considera más adecuado para su hijo o hija. En este sentido, la imposibilidad de la

madre biológica de otorgar su consentimiento antes del nacimiento es la mínima garantía para el menor y para su madre. Resta ahora determinar desde cuándo, una vez ha nacido, sí es posible que la madre dé el consentimiento.

7.2.4.2. El Código del Menor exige que el consentimiento sea ampliamente informado. Adicionalmente incluye reglas de aptitud para manifestar su voluntad, al señalar que carece de validez el consentimiento de la madre otorgado antes del nacimiento de la criatura, como se dijo, en razón a la situación física y emocional de la madre. Ahora bien, en la medida en que esta alteración física y psíquica no desaparece en el momento mismo del parto, sino que persiste durante un lapso posterior, de las reglas mismas del Código se deriva que dentro de la etapa post - parto existe un tiempo en que la madre aún no puede manifestar un consentimiento apto y, por lo mismo, difícilmente podrá ser amplia y debidamente informada o convenientemente asesorada.

La Convención de la Haya, también prevé que existe un periodo de tiempo inmediatamente posterior al parto durante el cual la madre no puede otorgar un consentimiento apto para dar en adopción al hijo recién nacido, sin embargo, tampoco estableció un criterio temporal fijo para saber a partir de qué momento puede ya una madre dar el consentimiento de dar en adopción luego de dar a luz. Los países participantes en la Convención acordaron de forma explícita dejar por fuera el tema de un límite temporal determinado, de tal suerte que sea el ordenamiento jurídico de cada nación el encargado de resolver el asunto. Esta determinación se adoptó en vista de que los diferentes estados tienen diversos sistemas de control para asegurar que el consentimiento se dé cuando la madre esté en condiciones de hacerlo.

Por ejemplo, España presentó la propuesta de dejar sin validez el consentimiento de la madre, hasta tanto no hayan transcurrido treinta días a partir del momento del parto.<sup>66</sup> Esta regla es precisamente la que rige en la legislación interna a través del artículo 177 del Código Civil Español, estatuto que la contempla en los siguientes términos: “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto” (énfasis fuera del texto).<sup>67</sup> Italia presentó una propuesta con otra forma de concretar la protección. Según la versión italiana la madre puede consentir incluso antes de que el menor nazca, siempre y cuando se entienda que para que tenga validez debe ser ratificado.<sup>68</sup>

Internacionalmente existe un común denominador entre los Estados al considerar que debe

establecerse un plazo entre el momento del nacimiento y el momento en que la madre puede otorgar un consentimiento apto. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, en donde cada uno de los diferentes Estados tiene sus propias reglas, 46 de ellos tienen normas específicas acerca de cuál es el momento a partir del cual la madre puede otorgar el consentimiento. Algunos Estados cuentan con periodos muy breves (12 a 24 horas), mientras que los que prevén un mayor plazo, contemplan entre 10 y 15 días; solamente dos estados (Alabama y Hawai) cuentan con un sistema como el de Italia en el que se permite el consentimiento incluso antes del nacimiento, siempre y cuando se ratifique posteriormente. Otro criterio posible, como ocurre en California (USA) o en Suecia, consisten en señalar no un plazo determinado sino uno determinable, a saber, “cuando la madre salga del hospital” -California- y “cuando la madre se haya recuperado del nacimiento” -Suecia-.<sup>69</sup> Por su parte la Convención Europea sobre la Adopción de Niños (Estrasburgo, 1967) establece en su artículo 5° un término de seis semanas para que la madre pueda tomar con mayor tranquilidad y seguridad emocional su decisión. Este parámetro de seis semanas está contemplado también por la legislación británica.<sup>70</sup> Los períodos de tiempo más largos para que la madre se encuentre en la situación de manifestar un consentimiento apto son los que llegaron a establecer Alemania Occidental y Dinamarca de tres meses.<sup>71</sup>

En conclusión, teniendo en cuenta (a) que en la normatividad nacional o internacional aplicable, no existe un plazo específico a partir del cual la madre puede dar el consentimiento apto para entregar en adopción a su hijo; (b) que existen, sin embargo, los mandatos de protección tanto del interés superior del menor como de la madre, que impiden que el consentimiento se otorgue bajo circunstancias de alteración emocional, como cuando la madre biológica acaba de dar a luz; y (c) que la Convención de la Haya no resolvió el tema para permitir que lo hagan las regulaciones nacionales, las cuales, en una gran parte, no permiten a la madre dar el consentimiento durante las semanas siguientes al parto; la Sala Tercera de Revisión concluye que hasta que el legislador se abstenga de fijar un plazo determinado a partir del cual se entiende que la madre puede dar a su hijo en adopción mediante un consentimiento apto, los funcionarios competentes para recibirlo, en cada caso, deben interpretar las normas aplicables según los criterios hermenéuticos antes señalados, y garantizar la aptitud del consentimiento.

Los parámetros que se han de tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento apto son: (1) no puede ser en el momento del

parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes -esto en un lenguaje inteligible para los no abogados-; y (5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado. Los funcionarios competentes tienen el deber de asegurarse que la madre se encuentre en una situación emocional que le permita dar un consentimiento apto. Por eso, el Defensor de Familia no puede recibir pasivamente el consentimiento de dar en adopción, así hayan pasado varios días después del parto, si advierte que la situación física y emocional de la madre, la presión que recae sobre ella, le impide manifestar un consentimiento apto. Debe adoptar una actitud activa dirigida específicamente a despertar en la madre conciencia sobre su estado, los factores meramente coyunturales que pueden estar influyendo en su decisión, las alternativas que tiene a su alcance y sobre si en esas circunstancias es aconsejable tomar una decisión de la cual no podrá arrepentirse ni retractarse al cabo de un mes.

7.2.4.3. El último aspecto respecto a la aptitud para poder dar un consentimiento constitucionalmente idóneo, es el contacto que se establezca entre la madre y su hijo o hija recién nacida. Algunas consideraciones señalan que lo mejor es cortar todo tipo de contacto, con el fin de permitir que la madre biológica logre la ruptura emocional con su hijo de la manera más tajante y segura posible. Por otra parte se defiende que la madre sí tenga contacto con el niño, pues se considera que solamente después de que ello ocurra la madre podrá ser plenamente consiente del significado de su decisión. En otras palabras, sin importar que tanta información y consejo se haya recibido, y sin importar si el consentimiento se otorgó después de pasado un mes después del parto, una madre que nunca vio a su hijo, que nunca tuvo contacto con él, no puede dimensionar en realidad la decisión que implica darlo en adopción, y en consecuencia, puede afectar los derechos del menor y de la madre al no lograr un consentimiento seguro y estable.

La normatividad nacional no establece una regla específica al respecto, por lo que es posible que si una madre, libre y autónomamente, se mantiene en su decisión de darlo en adopción sin tener un contacto previo con el menor, su opción ha de ser respetada. No obstante, la

madre debe poder entrar en contacto con su hijo. No se le puede negar la posibilidad de verlo, si no se ha dado el consentimiento aún, o si se encuentra dentro del plazo dentro del cuál es posible revocar dicho consentimiento. De tal manera que el derecho a acceder a su hijo o hija debe ser respetado para que el menor haya tenido al menos la posibilidad de iniciar una relación con su madre o con sus padres. La protección de su interés superior así lo exige ya que el menor, por su condición de recién nacido, no puede utilizar ese derecho ni mucho menos requerir entrar en contacto personal con su madre o quien ejerza su patria potestad.

7.2.5. Un consentimiento para dar en adopción no puede darse a cambio de un beneficio económico. La Convención de la Haya de 1993 precisa en su artículo 4º, literal (c), que las adopciones internacionales sólo proceden cuando se compruebe, entre otros eventos cuando: “(4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna” Esta prohibición coincide plenamente con el artículo 44 de la Constitución Política que de manera expresa señala que todo menor será protegido contra toda forma de “venta” o “explotación económica”. Carece pues de cualquier tipo de idoneidad constitucional el consentimiento de dar en adopción que responda al interés de recibir cualquier tipo de beneficio de carácter económico, a cambio de la entrega de un hijo o hija.

La introducción de esta disposición en la Convención de la Haya no sólo se inspira en el respeto de valores como la dignidad humana o la protección prevalente del interés superior del menor. Su existencia también se debe a la necesidad de responder a la trágica realidad antes anotada: muchos niños provenientes de países en vías de desarrollo son objeto de comercio y venta en países desarrollados.

7.2.6. En resumen: La voluntad de dar en adopción es idónea constitucionalmente cuando se manifiesta por medio de un consentimiento apto, asesorado e informado.

Concretamente, el consentimiento para dar en adopción debe, además de ser libre de vicios, es decir, exento de error, fuerza y dolo: reunir los siguientes requisitos: (i) ser apto, esto es, otorgado en un momento en cual la persona se encontraba en un estado anímico y emocional estable, fuera de alteraciones físicas o psicológicas o plenamente consciente de ellas, como se señaló en el apartado 7.2.4.2 y luego de haber tenido acceso al menor;<sup>72</sup> (ii) ser amplia y debidamente informado, para lo cual los funcionarios competentes deben

brindar toda la información necesaria para que quien va a dar en adopción pueda comprender plenamente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión como se anotó en el apartado 7.2.3 de esta sentencia. Para ello es preciso que se emplee un lenguaje claro e inteligible para la persona en cada caso y se le dé oportunidad de reflexionar y formular inquietudes al respecto; (iii) ser convenientemente asesorado, lo que implica que los funcionarios además de brindar información a la persona, deben ayudarle a usarla, y en general, acompañarla en la toma de la decisión en especial respecto de las consecuencias jurídicas y prácticas de su acto y de las circunstancias en que está emitiendo su consentimiento así como de las alternativas que tiene a su alcance; y (iv) el consentimiento no puede darse en contraprestación de un beneficio económico.

### 7.3. La irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción

El artículo 94 del Código del Menor consagra la posibilidad de que los padres puedan consentir que el menor a su cargo sea entregado en adopción y la posibilidad de que tal consentimiento sea revocado dentro de un término perentorio. El primer párrafo del artículo indica: “En todo caso, antes de transcurrido un (1) mes desde la fecha en que los padres otorgaron su consentimiento podrán revocarlo. Transcurrido este plazo el consentimiento será irrevocable.”

7.3.1. La irrevocabilidad consiste en la imposibilidad que tienen los padres biológicos para dejar sin efectos su manifestación de voluntad de dar en adopción a su hijo o hija. La interpretación del párrafo en cuestión, que también debe responder a los cinco parámetros de interpretación señalados previamente, tiene por finalidad la protección del menor, la defensa de su interés superior. En efecto, la principal razón para que exista la irrevocabilidad es la protección del menor. Los sistemas jurídicos impiden que la madre, o quien ejerza la patria potestad, revoque el consentimiento de dar en adopción más allá de un período específico de tiempo, por la misma razón que establecen que la decisión de los padres adoptantes de querer adoptar, tampoco es revocable: salvaguardar la estabilidad de las condiciones de vida del menor, en el seno de una familia que propicie un ambiente adecuado para su desarrollo integral.

Una vez se decide entregar un niño o una niña en adopción, incluso cuando ésta es la mejor medida de protección posible en favor de su interés superior, se le somete a una situación

que tiene efectos negativos en su desarrollo, en tanto que conlleva una ruptura emocional, una separación. Posteriormente es entregado a una madre sustituta (si no pasa por las manos de varias, tal y como ocurrió en el caso de la referencia). Finalmente, es entregado a la familia adoptiva, lo cual nuevamente representa una separación, un cambio impactante para el menor y su desarrollo. Es pues en interés superior del menor, que una vez se encuentre en firme la decisión de darlo en adopción, ésta no pueda retrotraerse. El menor no puede seguir estando en hogares de paso, bajo el cuidado de madres sustitutas hasta tanto sus padres biológicos o adoptivos resuelvan tomar una decisión segura y estable al respecto. Las decisiones cruciales con respecto a un niño, una vez tomadas son irrevocables en protección del menor.

La existencia misma de las condiciones de irrevocabilidad es, a su vez, un elemento normativo importante que ayuda a que las partes involucradas adviertan la importancia de la decisión a tomar. Es pues, un segundo propósito de la medida, propiciar unas reglas de juego claras que aseguren que las decisiones que se tomen sean seguras, serias y estables. A la vez, se pretende proteger tanto a los padres biológicos, quienes deben hacer un duelo y deben poder desprenderse física, psicológica y emocionalmente de su hijo, como a los padres adoptantes, quienes no pueden quedar en la incertidumbre de que quizá, el día de mañana, los padres biológicos pretendan separarlos del menor, alegando un “mejor derecho”. Tal y como lo establecen los derechos fundamentales de todo niño o niña, el Estado debe garantizar la pertenencia del menor a una familia en la que pueda desarrollarse libre e íntegramente. Un ambiente pacífico, tranquilo y estable en el cual el menor, pueda por fin crecer bajo el cuidado y el amor de un grupo familiar preocupado por su bienestar.

7.3.2. El plazo para revocar el consentimiento de dar en adopción. En general en todos los ordenamientos existe acuerdo en cuanto a que es necesario llegar a un punto en el cual el consentimiento de dar a un menor en adopción sea irrevocable.<sup>73</sup> No ocurre lo mismo a la hora de determinar desde qué momento se genera esta consecuencia jurídica y si existen o no excepciones. Esto es: ¿cuál es el plazo para revocar el consentimiento? ¿Desde cuándo deja de ser posible revocarlo? ¿Qué razones o motivos pueden invocarse para revocarlo?

7.3.2.1. En primer lugar se ha de establecer en qué momento y por qué razón es revocable el consentimiento. Los diferentes sistemas jurídicos han fijado reglas sobre revocación que se sitúan entre alguna de las siguientes posibilidades: de un lado, existen aquellos sistemas en

los que sólo se permite revocar el consentimiento cuando éste adolece de algún tipo de vicio o simplemente no se dio, esto es, aquellos casos en los que la manifestación de la voluntad se dio por fuerza, coacción o engaño, o simplemente nunca tuvo lugar.<sup>74</sup> De otro lado, se encuentran aquellos ordenamientos que permiten que el consentimiento se revoque libremente, por cualquier razón.<sup>75</sup> Entre uno y otro extremo existen casos que presentan soluciones intermedias, bien sea fijando causales específicas más amplias (“que el consentimiento no haya sido claramente dado”),<sup>76</sup> brindando la oportunidad de presentar razones ante un tribunal para que éste decida si es lo que más conviene al interés superior del menor<sup>77</sup> o concediendo diferentes periodos de tiempo, de tal manera que dentro de unos se puedan alegar ciertas causas y dentro de otros no. Por ejemplo, en ocasiones se brindan tres plazos diferentes. En el primero, se da un muy corto período de tiempo en el que la decisión es libre, es decir, la mujer o quien haya dado el consentimiento, puede dejarlo sin efectos simplemente indicando que este es su deseo. El segundo es un periodo dentro del cual, la persona que dio el consentimiento debe manifestar su deseo de revocarlo y las razones para ello, para que posteriormente un tribunal decida (usualmente en función del interés superior del menor). Finalmente, un tercer y último plazo dentro del cual el consentimiento sólo puede ser revocado cuando el consentimiento simplemente nunca se dio o está viciado.<sup>78</sup>

En el caso de Colombia, como se indicó, el artículo 94 del Código del Menor establece que treinta días después de otorgado el consentimiento, éste es irrevocable. Dentro del plazo otorgado no se fija límite legal alguno respecto a las razones para retractarse de la decisión de dar en adopción; es más, ni el artículo 94 en cuestión, ni alguna otra norma exige que los padres den razones para justificar su decisión. La regla establecida en Colombia por el legislador extraordinario, brinda una garantía real a los padres y asegura la estabilidad del consentimiento, en la medida en que otorgan plena libertad a los padres para revocar su consentimiento. Se propicia así, la obtención de un consentimiento idóneo constitucionalmente, es decir, un consentimiento seguro y estable, que no ponga en riesgo la estabilidad del menor.

7.3.2.2. La segunda variable que un sistema normativo debe contemplar, consiste en fijar cuál es el plazo dentro del cual es posible revocar el consentimiento, contado a partir de la fecha en la que el consentimiento fue otorgado. En algunos países el plazo es determinado, en tanto se establece un plazo específico como es el caso de Francia (tres meses),<sup>79</sup> Suiza

(seis semanas),<sup>80</sup> el estado de California en los Estados Unidos (un mes),<sup>81</sup> el estado de New South Wales en Australia (un mes),<sup>82</sup> o Colombia (un mes).<sup>83</sup> En otros casos el plazo no es determinado pero si determinable, pues la legislación indica cuál es el momento específico del trámite de adopción, a partir del cual ya no es posible revocar el consentimiento (así ocurre en Suecia<sup>84</sup> y en el estado de Ohio en Estados Unidos<sup>85</sup>).

El término otorgado por el Código del Menor busca garantizar que el consentimiento sea idóneo constitucionalmente. Por una parte, permite a la madre tener un tiempo prudencial para que de manera libre, autónoma y sin presiones, decida si lo mejor en el interés superior de su hijo es mantener su decisión de darlo en adopción o modificarla. Pero por otra, es un término que no se extiende durante mucho tiempo, por lo que no genera incertidumbre en cuanto a las medidas de protección que puedan tomarse para garantizar al menor el goce efectivo de los derechos fundamentales del niño, en especial a tener una familia y a recibir cuidado y amor.

7.3.2.3. En resumen, el consentimiento para dar en adopción, puede ser revocado durante un plazo de treinta días, a partir del momento en que éste es otorgado; posteriormente es irrevocable siempre que haya sido no solo válido civilmente sino idóneo constitucionalmente.

#### 7.4. El proceso debido mínimo en el trámite del consentimiento de dar en adopción

Una vez analizada la figura del consentimiento para dar en adopción, se debe establecer cuáles son los elementos mínimos de un debido proceso que debe observar el trámite para que se llegue a otorgar dicho consentimiento. En otras palabras, reconociendo el margen de configuración del legislador, es preciso determinar a la luz de la Constitución, cuál es el proceso debido en estos casos y cuáles los requisitos esenciales que han de ser respetados en la aplicación de dicho procedimiento por las autoridades competentes.

7.4.1. El procedimiento para dar el consentimiento de dar en adopción debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas. La primera advertencia que debe hacerse, es que el proceso debe respetar la dignidad humana de todos los involucrados. El Estado debe tener en cuenta que el procedimiento que se adelanta en este caso, a diferencia de muchos otros, no es un mero trámite oficial, en el cual es preciso definir una situación legal. En este caso, la dignidad de las diferentes partes involucradas está comprometida en

un alto grado, en especial la del menor, pero también la de los padres, tanto los biológicos como la de los adoptivos. Los funcionarios encargados de adelantar este trámite deben ser sensibles ante las dificultades emocionales y afectivas que este proceso conlleva, en todos y cada uno de los momentos del procedimiento. El respeto al principio de dignidad así lo exige (art. 1, C.P.).

Ahora bien, teniendo en cuenta, por una parte, que en principio el interés superior del menor es estar con su familia biológica, razón por la que la adopción es una excepción, y por otra, que el acompañamiento de los funcionarios estatales debe concentrarse en la protección del menor, es un imperativo ofrecer siempre alternativas a la madre para que pueda conservar a su hijo. Los funcionarios estatales deben ser sensibles a la situación emocional de la madre, reconocer cuándo asume posiciones simplemente estratégicas, bien sea mintiendo, bien sea tergiversando u ocultando información, para lograr un resultado que ella, aisladamente o aconsejada, considera es el mejor, debido a una situación angustiosa y desesperada. El Estado debe procurar cumplir a cabalidad el mandato según el cual la adopción es una medida subsidiaria, brindando condiciones materiales para que pueda darse la opción principal: que el niño crezca en el seno de su familia. Esto siempre y cuando, sea en beneficio del interés superior del menor.

7.4.2. Notificación del proceso de medida de protección. El primer momento del trámite es cuando el menor que será dado en adopción es recibido por el ICBF y se inicia el procedimiento para aplicarle una medida de protección, primero una madre sustituta y posteriormente la adopción. En este momento, la notificación ordenada por la ley (artículo 39, C. del M) no puede agotarse en entregarle un papel a la madre para que lo firme. Este es el momento cuando la madre debe ser convenientemente asesorada y amplia y debidamente informada y su aptitud para consentir, valorada expresamente. En lenguaje claro y sencillo, inteligible para la persona a quien se le comunica, debe explicársele en qué consiste esa notificación, cuáles son sus consecuencias, así como cuáles son los pasos a seguir y los plazos para ello.

7.4.3. Una vez la madre se encuentre en condiciones emocionales estables debe ser amplia y debidamente informada. Este aspecto ya fue desarrollado anteriormente, por lo que en este apartado sólo resta hacer énfasis en dos cosas. Primera, la información debe serle brindada hasta tanto exista certeza de que la persona la comprendió cabalmente. Se le deben

presentar casos, ejemplos y situaciones que le ayuden a entender y dimensionar el alcance de sus decisión y sus efectos tanto jurídicos como prácticos. Segundo, este es también un momento para asesorar convenientemente. Debe brindarse apoyo en analizar los diferentes aspectos y problemas que preocupan a la persona, a la luz de las opciones y posibilidades con que se cuenta.

7.4.4. Momento de la manifestación del consentimiento. Este momento, sobre el cual también se habló anteriormente, es sin duda el más importante. Como se dijo, no puede coincidir con el momento en que fue informada la persona, y entre este momento y aquél debe haber transcurrido un tiempo prudencial que haya permitido la reflexión. La madre debe ser realmente libre para adoptar la decisión que ella está tomando. Para ello, entre muchas otras cosas que deben y pueden hacerse, se le debe recordar que sin importar lo ocurrido hasta ese momento ella es libre de dar el consentimiento o no. En todo caso se le debe recordar que de querer darlo es totalmente libre para revocarlo durante los siguientes 30 días, tiempo que debe ser presentado como un período adicional de reflexión, al cabo del cual su silencio es la ratificación de su consentimiento.

7.4.5. Aviso o acercamiento antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento. El sentido de protección del menor que tiene la posibilidad de revocar el consentimiento por cualquier razón dentro del mes siguiente, demanda del Estado garantizar la seriedad, seguridad y estabilidad del consentimiento otorgado. Por ello, no es de recibo que los funcionarios estatales dejen de comunicarse con la madre y esperen simplemente a que el tiempo transcurra para poder continuar con el trámite de adopción. No se trata de un término para ceder algún tipo de bien o de servicio. Se trata de una decisión vital que afecta la vida de un niño, sujeto especial de protección constitucional, y que afecta la conformación de por lo menos dos familias, núcleos básicos de la sociedad. Es pues, deber de las autoridades competentes acompañar a quienes han brindado su consentimiento de dar en adopción. Se le debe preguntar a la madre, por ejemplo, si desea que se le avise que el plazo está por vencer, antes de que ello ocurra para que pueda ser consciente de un momento crucial e irreversible del proceso. En todo caso, así la madre no lo pida, cuando dadas las circunstancias del caso esto sea lo más conveniente para el interés superior del menor, oficiosamente se le debe advertir, pocos días antes de que este expire, para contar con una manifestación de voluntad tan estable y segura como la exigen las reglas nacionales e internacionales sobre la materia.

7.4.6. En resumen, un debido proceso mínimo para manifestar el consentimiento de dar en adopción (i) debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas; (ii) conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección; (iii) debe prever un momento en el que se de amplia y debida información; (iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y (v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento.

7.5. Inaplicabilidad del plazo de irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción cuando no es idóneo constitucionalmente

Luego de hacer el anterior análisis de la normatividad respecto del consentimiento para dar en adopción, surge el siguiente interrogante: ¿Qué ocurre cuando se cuenta con una expresión de voluntad libre de vicios pero que pese a ello no constituye un consentimiento idóneo constitucionalmente?

7.5.1. Las reglas establecidas por el legislador extraordinario de 1989 en el Código del Menor otorgan un carácter particular al consentimiento de dar en adopción, como se ha mostrado, con respecto a las otras manifestaciones de voluntad. En efecto, cuando una manifestación de voluntad es debidamente otorgada, el derecho considera que aquella persona expresó, en realidad, cuál era su intención, por eso tienen lugar efectos jurídicos a partir de ese mismo momento. Si una persona manifiesta libre y autónomamente su voluntad con miras a producir efectos jurídicos, queda, en principio, ligado a su manifestación de voluntad inmediatamente.

La razón por la que se otorga un plazo dentro del cual se puede revocar libremente el consentimiento de dar en adopción, es precisamente que ni siquiera el cumplimiento de todos los requisitos de idoneidad constitucional antes señalados garantizan que la manifestación de su voluntad sea reflejo de una intención firme y duradera de desprenderse de su hijo. Después de entregar al menor, la ausencia real que tiene que afrontar la madre o las personas que ejerzan la patria potestad durante los siguientes días, les permite confrontarse a esta nueva realidad y decidir si quieren sostener la decisión que originalmente fue tomada tan sólo imaginándose cómo sería la situación, no viviéndola.

7.5.2. Ahora bien, esto implica que salvo aquellos casos en que simplemente no existió consentimiento (por ejemplo, si el niño es secuestrado y el consentimiento fue falsificado), o

el consentimiento está viciado por error, fuerza o dolo (por ejemplo, se induce a la otra persona a consentir diciéndole que los efectos de la adopción son otros), casos en los que el consentimiento mismo está en entredicho, las condiciones de idoneidad constitucional pretenden asegurar que una vez se manifieste la voluntad y transcurra un mes, se cuenta con un consentimiento serio, seguro y estable. La severidad de la regla de irrevocabilidad, tiene sentido entonces, en tanto se hayan observado la plenitud de las garantías que el orden constitucional vigente otorga a quien da el consentimiento. En otras palabras: la regla de la irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción, pasado un mes de haber sido otorgado, presupone (1) que éste existió, (2) que fue válidamente dado, y (3) que fue constitucionalmente idóneo.

En este orden de ideas, la Sala Tercera de revisión considera que cuando el consentimiento de dar en adopción no es idóneo constitucionalmente, salvo que no se haya dado o este viciado, no se cuenta con una manifestación de voluntad que se haya dado en condiciones tales, que asegure el interés superior del menor. Por lo tanto, no se dan los presupuestos normativos que hacen posible aplicar el parágrafo primero del artículo 94 del Código del Menor, según la cual, transcurrido un mes desde la fecha en que los padres otorgaron su consentimiento, éste será irrevocable. Como se dijo, la regla de irrevocabilidad tiene por objeto salvaguardar el interés superior del menor, impidiendo que un consentimiento debidamente dado sea cuestionado o alterado, por lo tanto, al carecer de un consentimiento de tales condiciones, no existe una manifestación de voluntad que en aras del interés superior del menor deba ser defendida con la irrevocabilidad.

7.5.3. Cabe advertir que las circunstancias en las que se dio y se revocó el consentimiento para dar en adopción, si bien son determinantes de la decisión a adoptar y potencialmente definitivas para la situación del niño, no pueden ser la única ni la principal razón. El interés superior del menor no puede determinarse atendiendo a consideraciones relativas exclusivamente a las características del consentimiento. Como ya se anotó, debe asumirse una perspectiva integral que considere sus condiciones en general, vistas como un todo. Por ejemplo, riesgos graves a los que pueda estar expuesto el menor de asegurar a su familia biológica, o que éste ya haya sido entregado e integrado a la familia de los padres adoptivos.

7.5.4. En conclusión, cuando el consentimiento de dar en adopción no es idóneo

constitucionalmente, no se verifica el supuesto normativo necesario para que sea aplicable la regla de la irrevocabilidad de éste a los treinta días de otorgado.

## 7.6. El consentimiento para dar en adopción: resumen de las principales conclusiones

Resulta pertinente recoger las principales conclusiones del análisis sobre el consentimiento para dar en adopción, a la luz del derecho constitucional. Estas son:

(1) El consentimiento para dar en adopción debe ser idóneo constitucionalmente, lo cual significa que además de ser libre de vicios, debe ser (1-i) apto; (1-ii) amplia y debidamente informado; (1-iii) convenientemente asesorado; y (1-iv) no haberse dado en contraprestación de un beneficio económico.

(2) Un debido proceso mínimo para manifestar el consentimiento de dar en adopción (2-i) debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas; (2-ii) conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección; (2-iii) debe prever un momento en el que se de amplia y debida información; (2-iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y (2-v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento.

(3) El consentimiento para dar en adopción, puede ser revocado durante un plazo de treinta días, a partir del momento en que éste es otorgado; posteriormente es irrevocable siempre que haya sido no solo válido civilmente sino idóneo constitucionalmente. Por lo tanto, cuando el consentimiento de dar en adopción no es idóneo constitucionalmente, no se verifica el supuesto normativo necesario para aplicar la regla de la irrevocabilidad de éste, a los treinta días de otorgado.

## 8. Análisis del caso concreto

Entra la Sala de Revisión a establecer si en el presente caso la señora Beatriz emitió un consentimiento idóneo constitucionalmente de entregar a su hija Alicia. Para ello se analizarán uno a uno los requisitos que un consentimiento de este tipo debe observar para que ostente tal calidad de idoneidad.

8.1.1. El consentimiento manifestado por la accionante de dar en adopción a su hija fue libre de vicios y por eso la actora no ha acudido a las vías ordinarias para cuestionar la validez

civil de dicho consentimiento. En efecto, a partir de las pruebas que obran en el expediente, para esta Sala de Revisión es claro que el consentimiento de Beatriz se dio libremente, en tanto no fue presionada o forzada a hacerlo. No fue víctima de un engaño, ni fue timada por parte de los funcionarios encargados de recibir el consentimiento de dar a su hija en adopción. Además, como queda claro a partir del texto de la demanda y de la declaración rendida por Beatriz ante el Juzgado Primero de Familia, ella era consciente de que estaba entregando en adopción a su hija; quizá con dudas respecto a los alcances de esta institución, pero con claridad respecto a su sentido básico: una vez rotos los lazos de filiación de su hija con ella y su familia biológica, se establecen lazos filiales entre la menor y una nueva familia, la adoptiva. Pasa la Sala de Revisión a estudiar las exigencias especiales que la Constitución y la legislación nacional e internacional establecen, para el consentimiento de dar en adopción.

8.1.2. El requisito de un dar en adopción mediante un consentimiento informado cualificado no se cumple en el presente caso, (i) desde un punto de vista cuantitativo (ampliamente informado), (ii) ni desde un punto de vista cualitativo (debidamente informado). Pasa la Sala a explicar por qué.

8.1.2.1. A lo largo del proceso, el ICBF, Regional Nariño, ha sostenido que el 18 de julio de 2002 (día en el cual Beatriz consintió dar en adopción a Alicia, su hija de dos días de nacida) la Defensora de Familia “procedió a ilustrarla en forma detallada sobre las consecuencias de ese consentimiento y le informó el contenido del parágrafo 1 del artículo 94 del Código del Menor”, tal y como lo sostuvo en el momento en que negó la solicitud de Beatriz de revocar su consentimiento para dar en adopción a Alicia.<sup>86</sup> En respuesta al cuestionario remitido por esta Sala de Revisión, el Director de la Regional Nariño del ICBF sostuvo nuevamente lo mismo. Indicó que al negársele la solicitud de revocar el consentimiento de dar en adopción a la madre, no se tuvo en cuenta únicamente la regla del Código del Menor (art. 94), según la cual después de treinta días de otorgado el consentimiento, éste es irrevocable. Según informa la Dirección de la Regional del Instituto, para tomar tal decisión también se tuvo en cuenta la “(...) ilustración amplia, detallada y profunda que se realizó a la accionante sobre las consecuencias del acto a realizar tal y como consta en el acta suscrita el día 18 de julio de dos mil dos.”

Es decir, el 18 de julio de 2002, el mismo día en que Beatriz dio el consentimiento de dar en

adopción a su hija Alicia, es la única ocasión en la que se le brindó información acerca de la adopción. Informar amplia y debidamente todo lo que hay que explicar sobre la adopción de su hija recién nacida a cualquier madre, en tan sólo un día, difícilmente es posible y claramente no es adecuado. Si el propósito es brindar esta información a Beatriz, una mujer campesina que se encuentra en la ciudad angustiada y desesperada, y que cuenta con una formación escolar hasta el grado quinto de educación primaria, la tarea es aún más utópica.

Ahora bien: ¿durante cuánto tiempo del día 18 de julio de 2002 atendió la Defensora de Familia a Beatriz? Aunque en ninguna parte del expediente se responde esta pregunta, pese a que la Sala Tercera de Revisión se la formuló explícitamente a la Dirección de la Regional Nariño del Instituto, a partir del acta en que Beatriz otorgó su consentimiento, es posible concluir que fue muy poco tiempo. A continuación se transcribe:

“ACTA PARA LA OTORGACIÓN DE CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN HECHO POR LA SEÑORA BEATRIZ

En Pasto, a los dieciocho (18) días del mes de julio de dos mil dos (2002), siendo las dos de la tarde (4:00 pm) (sic) comparece la señora Beatriz (...) con el propósito de otorgar el consentimiento para que su hija sea adoptada. (...)

Aunque no es claro si fue a las dos de la tarde o a las cuatro que se inició el trámite y tampoco es claro durante cuánto tiempo se extendió la diligencia, suponiendo en gracia de discusión que fue a partir de la dos de la tarde y durante el resto de la jornada laboral, se concluye que hubo muy poco tiempo para poder cumplir con la exigencia de informar amplia y debidamente. Además, Beatriz no contó con un espacio de reflexión en el que pudiera decantar la información recibida ni plantear inquietudes. No tuvo tiempo para que la Defensora de Familia le suministrara toda la información que requería para comprender el significado y las implicaciones concretas y precisas de dar en adopción, en particular sobre el efecto de la irrevocabilidad del consentimiento después de transcurrido un mes.

8.1.2.2. Con relación a qué se informó y cómo, el acta del consentimiento para dar en adopción a Alicia del 18 de julio de 2002 señala,

“(...) Al efecto la suscrita defensora de familia del CZP2 - ICBF - REGIONAL NARIÑO, procede a ilustrar en forma detallada y profunda las consecuencias del acto a realizar, la

trascendencia de la adopción y el hecho de que una vez concretada ésta adopción será irrevocable. Le explica que en términos generales que (sic) el consentimiento para la adopción no puede realizarse respecto de adoptantes determinados. Al efecto la señora Beatriz manifestó: ‘Doctora: yo si entiendo todo lo que me ha explicado lo que ocurre si mi hija es dada EN ADOPCIÓN. Entiendo Doctora que la adopción ya quedará de por vida para que lleve los apellidos de otra persona. Por eso doy mi consentimiento’ Porque no me alcanza para sacarla adelante y conmigo va a sufrir y es mejor que esté con una familia que le dé lo necesario porque tengo dos hijos más.’ Hecha la anterior manifestación la suscrita Defensora le pone de presente a la señora Beatriz el contenido del párrafo 1° del artículo 94 del C. del M., esto es que cuenta con un mes contado a partir de hoy para que si a bien lo tiene revoque este consentimiento, porque de lo contrario ya será irrevocable. La señora Beatriz manifiesta entender perfectamente lo expuesto. En este estado se deja constancia por parte de la suscrita Defensora de Familia que la señora Beatriz se encuentra en esta diligencia en perfecto estado psicológico, lúcida, serena y en ejercicio de sus cinco sentidos. (...)” (énfasis fuera del texto)

Del acta pueden extraerse varias conclusiones. Primera; parte de la información es compleja y difícil de entender. Por ejemplo, en dos ocasiones se menciona el concepto de irrevocabilidad; en una de ellas, la primera, se hace alusión a la adopción misma y en la otra, la segunda, se hace alusión al consentimiento para dar en adopción. No es tarea fácil en tan poco tiempo y en la situación específica de Beatriz, distinguir las dos irrevocabilidades, entender en qué se relacionan y en qué se diferencian, o simplemente saber cuáles son las reglas y los efectos de la irrevocabilidad en ambos casos.

Segunda conclusión; no hay una clara prueba de que Beatriz haya comprendido adecuadamente. En efecto, en la primera de las dos frases transcritas, Beatriz afirma entender que da a su hija en adopción; en la segunda explica lo que entiende por adopción así: “(...) Entiendo Doctora que la adopción ya quedará de por vida para que lleve los apellidos de otra persona”. Esto muestra que Beatriz sabía de las consecuencias de la adopción misma, pero esta frase no indica que ella comprendió (a) que tenía el derecho a revocar el consentimiento de dar en adopción, (b) que tenía un plazo de un mes para ejercer ese derecho y (c) que culminado dicho plazo ya no podía “arrepentirse”. No se contaba con una verdadera manifestación que comprobara que Beatriz conocía el significado y las consecuencias concretas y precisas de su decisión. Además, la adopción, como la entendió,

Beatriz comprende un cambio “de apellidos” “de por vida”. No se aprecia en su dicho que comprende la separación de por vida, la imposibilidad de volver a ver a su hija, la prohibición de acceder a ella, la interdicción de que su hija en el futuro conozca siquiera el nombre de su madre biológica o acuda a ella en caso de necesidad.

Cuarta conclusión; a Beatriz no se le presentó de manera amplia y debida las alternativas con que contaba para conservar a su hija. En el Acta del consentimiento se señala literalmente que la Defensora: “(...) Le explica (a Beatriz) que en términos generales que (sic) el consentimiento para la adopción no puede realizarse respecto de adoptantes determinados.” De esta manera, la Defensora omitió presentar una de las principales alternativas con que contaba la madre para mantener a Alicia unida a su familia. En efecto, el Código del Menor establece al respecto,

Artículo 95.- No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. No se aceptará el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo:

Fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Fuere hijo del cónyuge del adoptante.

Es decir, Beatriz puede otorgar el consentimiento de dar en adopción, indicando un adoptante determinado, si éste es uno de los abuelos o de los tíos de Alicia. Quizá si a Beatriz se le hubiese informado de esta alternativa y concedido tiempo para reflexionar sobre ella, habría cambiado de opinión. La garantía constitucional y legal pretende, precisamente, brindarle a la madre un abanico de opciones y alternativas diferentes a la adopción, para que ésta sea realmente subsidiaria y, además, busca que el menor tenga otros padres pero permanezca dentro de la familia biológica extendida.

De forma similar, a Beatriz no se le informó amplia ni debidamente sobre cuáles programas han sido creados y desarrollados por la administración para impedir que una madre se vea obligada a dar en adopción un hijo, únicamente porque no cuenta con los medios económicos para poder sostenerlo. Este hecho es grave si se tiene en cuenta que en el Acta se indica que ella entrega a Alicia en adopción “(...) Porque no me alcanza para sacarla adelante y conmigo

va a sufrir y es mejor que esté con una familia que le dé lo necesario porque tengo dos hijos más.” Beatriz se sentía incapaz de sostener a su hija, y el resto de personas se lo confirmaban. Nadie le dijo lo contrario o le brindó alguna alternativa. Y aunque el ICBF, Regional Nariño, pareció sugerir que sí había brindado dicha información en el escrito de impugnación al fallo de tutela de primera instancia,<sup>87</sup> de la respuesta de la Dirección de la Regional al cuestionario formulado por esta Sala de Revisión queda claro que esa información nunca se dio. La Corporación solicitó al ICBF, teniendo en cuenta que la razón de dar en adopción había sido económica, “indicar concretamente cuáles alternativas de solución se le ofrecieron, así como la respuesta que la accionante dio a cada una de ellas. La respuesta del Director de la Regional a esta inquietud fue la siguiente:

“La accionante Sí señaló que la razón que motivaba su decisión era su precaria situación económica, cuando manifiesta: “Para mi es muy duro, porque no me alcanza para sacarla adelante y conmigo va a sufrir y es mejor que esté con una familia que le dé lo necesario porque tengo dos hijos más” (folio 13) completando con la manifestación de la forma como fue concebida la niña, expresando que fue un embarazo no deseado, porque fue víctima de abuso sexual por parte de un guerrillero de quien desconoce la identificación y que por ello no formuló el denuncia correspondiente, ocultando su embarazo durante su gestación; por esta situación solicitó guardar CONFIDENCIALIDAD de esta decisión.”

Como se puede apreciar, en la respuesta concreta no se dice qué alternativas se le ofrecieron a Beatriz para que su decisión no fuera motivada principalmente por razones económicas.

Quinta; la conclusión anterior implica que el ICBF, Regional Nariño, con su actuar desatendió las finalidades y propósitos básicos de la Convención de la Haya de 1993, relativa a la adopción internacional. En efecto, en el preámbulo de dicho tratado se indica lo siguiente,

“Los Estados signatarios del presente Convenio,

Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión,

Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y por la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, de 3 de diciembre de 1986),”  
(acento fuera del texto)

A esto se suma que la propia Convención establece en su artículo 8° que “las Autoridades centrales tomarán, directamente o con la cooperación de autoridades públicas, todas las medidas apropiadas para prevenir beneficios materiales indebidos en relación a una adopción y para impedir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.”

Sexta conclusión; al no haber presentado alternativas de solución a Beatriz, el ICBF además de omitir el cumplimiento de las exigencias fijadas normativamente para poder manifestar un consentimiento para dar en adopción, no fue respetuoso del mandato constitucional que demanda del Estado, de manera especial, apoyar a la mujer cabeza de familia (artículo 43, C.P.)

8.1.2.3. En resumen, la exigencia de que el ICBF informe amplia y debidamente a la persona que manifiesta su consentimiento de dar en adopción, contemplada en el artículo 94 del Código del Menor y el artículo 4° de la Convención Relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de la Haya, 1993 (Ley 265 de 1996), no se cumplió en el presente caso.

8.1.3. La señora Beatriz no fue convenientemente asesorada. En la respuesta a la acción de tutela presentada por la Dirección del ICBF, Regional Nariño, ante el Juzgado Primero de Familia el 21 de enero de 2003, se afirma lo siguiente,

“El día 16 de julio del 2002 la Dra. Carmen Alicia Muñoz Hoyos Defensora de Familia del Centro Zonal Pasto II abrió proceso administrativo de protección de la niña Alicia con base en el oficio enviado por el Gerente de la Fundación Hospital San Pedro de Pasto, en el cual manifiesta que la señora Beatriz desea entregar voluntariamente a su hija recién nacida en adopción al ICBF, por lo que la menor requiere protección inmediata.

Una vez que la señora Beatriz se presenta con la niña, se le notifica personalmente del auto que ordena abrir el proceso administrativo de protección y al cual fue vinculada la niña Alicia.

En dicho auto la Defensora de Familia dispone que a través de psicología se realice la entrevista de la señora Beatriz con el fin de que reflexione sobre las consecuencias de tipo emocional, afectivo y legal que conlleva el consentimiento para la adopción y donde se logra constatar la voluntad expresa de entregar a su hija recién nacida de manera libre por cuanto fue producto de un embarazo no deseado, de padre desconocido y como ella misma lo afirma, tiene dos hijos más por quienes responder. En consecuencia, no se puede afirmar que su decisión es producto de una decisión (sic) apresurada angustiosa y desesperada.

Cumplido este requisito, el 18 de julio de 2002, la madre procede a otorgar el consentimiento para entregar a su hija Alicia en adopción y la servidora pública le puso de presente el contenido del párrafo primero del artículo 94 del Código del Menor, es decir que cuenta con un mes contado a partir de esa fecha para revocar el consentimiento (...)

8.1.3.1. De la anterior respuesta puede concluirse que el ICBF, Regional Nariño, al momento de responder la acción de tutela no conoce aún cuál es la situación real de la señora Beatriz. Para ese entonces, el Instituto aún consideraba que ella era madre de dos hijos, además de Alicia, y que no sabía quién es el padre de ésta última. Por lo tanto, es evidente que el ICBF no tuvo un conocimiento adecuado de los hechos que rodearon la decisión de Beatriz ni de la situación emocional en la que ella se encontraba en ninguno de los siguientes momentos: (a) antes de dar a su hija en adopción, (b) cuando lo hizo, (c) cuando manifestó su voluntad de revocar el consentimiento, y (d) cuando interpuso la acción de tutela. Ahora bien, si el ICBF

desconocía tan profundamente cuál era la situación real de Beatriz, así como del entorno familiar de Alicia, no le era posible saber si la decisión era o no desesperada y mucho menos poder asesorarla.

En efecto, la visión del Instituto de cuál era el estado en que se encontraba Beatriz contrasta mucho con su propio dicho. En la declaración que rindió el 22 de enero de 2003 ante el Juez Primero de Familia de Pasto, Beatriz contestó se manifestó en los siguientes términos:

“PREGUNTADO.- Sírvase manifestar a este despacho si es cierto o no, que usted tiene tres hijos?- CONTESTO.- Yo tengo el niño que lo tiene mi mamá que se llama Juan, y la niña Alicia.- PREGUNTADO.- Según la respuesta dada por el ICBF usted les manifestó que tenía dos hijos más además de la menor Alicia, sírvase decir si es cierto o no?- CONTESTO.- Cuando yo la fui a entregar, yo estaba bien desesperada no hallaba que hacer y me aconsejaron que diga que yo tengo otros dos niños para que en el ICBF me la reciban, yo no sabía que hacer, estaba desesperada.- (...)”

Podría objetarse que no es admisible que se considere que el ICBF no cumplió con su deber de asesorar convenientemente a Beatriz, cuando las mentiras que ella dijo fueron la causa de tal imposibilidad, en otras palabras, podría objetarse que a la accionante no le es dado alegar su propia culpa. Sin embargo esta objeción no es de recibo. La razón por la que constitucional y legalmente se exige que la madre, o quien ejerza la patria potestad, sea asesorada convenientemente, es precisamente porque existe certeza de que se trata de una decisión muy difícil, que puede llegar a afectar a la persona e impedirle actuar como normalmente lo haría. Como se anotó, en Colombia no es extraño, ni en Latinoamérica en general, que madres jóvenes solteras de escasos recursos recurran a mentiras y versiones falsas acerca de su vida, por creer que ello es necesario para que su hijo sea aceptado en adopción y se le cuide adecuadamente. En este caso Beatriz recurrió no sólo a una sino a varias de esas mentiras “cliché”, fácilmente identificables, en especial por un funcionario experto en estos temas. Parte de lo que deben hacer las personas encargados de recibir el consentimiento de dar en adopción al asesorar convenientemente a una persona para otorgarlo es verificar los motivos que la llevaron a tomar esta decisión y ayudarla a tomar conciencia de las verdaderas razones, así como de las opciones con que cuenta.

8.1.3.2. Ahora bien, retomando el aparte citado líneas atrás de la respuesta del ICBF,

Regional Nariño, a la acción de tutela presentada por Beatriz, podría concluirse que sí existió un tiempo de reflexión, por lo menos en lo que al asesoramiento psicológico respecta. En efecto, en dicho aparte el Instituto sostiene que el día 16 de julio del 2002, fecha en que nació Alicia, se inició el proceso de protección para la menor, disponiendo que "(...) a través de psicología se realice la entrevista de la señora Beatriz con el fin de que reflexione sobre las consecuencias de tipo emocional, afectivo y legal que conlleva el consentimiento para la adopción (...)". Finalmente afirma el Instituto: "Cumplido éste requisito, el 18 de julio del 2002, la madre procede a otorgar el consentimiento para entregar a su hija Alicia en adopción (...)."

Debido a que de la redacción del texto no permite establecer con claridad que sucedió efectivamente, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional solicitó al ICBF mediante auto de mayo 20 del presente año, que respondiera entre otras las siguientes preguntas: ¿Se le brindó asesoría a Beatriz, para que ella estuviera en capacidad de otorgar debidamente su consentimiento? ¿Qué funcionarios se la brindaron y durante cuánto tiempo en cada ocasión? La Dirección de la Regional Nariño del Instituto respondió así:

"Si se brindó asesoría legal y psicológica a la señora Beatriz, el día que ella suscribió la diligencia para otorgar el consentimiento para la adopción de su hija Alicia, como consta en los folios 13 y 14 de la historia socio familiar pluricitada, las asesorías se las brindó solo en la oportunidad en que Beatriz compareció al Centro Zonal Pasto Dos, no obstante haberle señalado que sí consideraba conveniente podía asistir a citas posteriores. (...)"

La asesoría psicológica que se brindó a Beatriz tuvo lugar, no el 16 de julio, sino el 18 de julio de 2002, el mismo día en que se le suministró y explicó la complicada información legal acerca de qué es la adopción y cuáles son sus consecuencias a partir de las dos o cuatro de la tarde, fecha esta que es, además, el mismo día en que ella firmó el consentimiento de dar a Alicia en adopción. Teniendo en cuenta esto, es evidente que tampoco se concedió un tiempo de reflexión a Beatriz una vez había recibido la asesoría psicológica. No se le permitió analizar la orientación recibida y ponderar su decisión con base en ella.

8.1.3.3. En conclusión, la exigencia de que el ICBF asesore convenientemente a la(s) persona(s) que manifiestan su consentimiento de dar en adopción, contemplada en el artículo 4° de la Convención de la Haya Relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en

Materia de Adopción Internacional de 1993 (Ley 265 de 1996) no se cumplió en el presente caso.

8.1.4. El consentimiento de dar a Alicia en adopción tampoco cumplió la exigencia de ser apto por dos razones: (i) se permitió a Beatriz manifestarlo cuando ella aún se encontraba en el periodo inmediato al post parto, y (ii) no se le aseguró a la madre el acceso a su hija.

8.1.4.1 El consentimiento se dio a los dos días de nacida la niña. Indudablemente este tiempo es excesivamente corto, pues permite a la madre tomar su decisión cuando aún está alterada física y emocionalmente por los cambios que se han gestado en ella. Como se señaló anteriormente, el análisis de las normas que regulan el consentimiento de dar en adopción llevan a concluir dos cosas con relación a al momento a partir del cual, una vez nace el menor, le es dado a la madre otorgar su consentimiento: (a) las reglas de protección al interés superior del menor y de protección a la madre impiden que el consentimiento sea apto si la madre lo otorga cuando acaba de dar a luz, en especial en los días inmediatamente siguientes al parto, y (b) que mientras el legislador establece un plazo determinado o un criterio para poder determinarlo, los funcionarios administrativos deben establecer criterios de prudencia en esta sentencia. Los parámetros que deben tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento apto son: (b-1) no puede ser en el momento del parto; (b-2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (b-3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (b-4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes, en un lenguaje inteligible para los no abogados; y (b-5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado. Es necesario que el ICBF tome una determinación informada y razonable de cuándo es el momento en que cada madre, dependiendo de su situación concreta, puede dar el consentimiento.

En el presente caso los tiempos fueron irrazonables. El 16 de julio de 2002, Beatriz salió del Hospital y entregó personalmente a Alicia en el ICBF tan sólo unas horas después del parto. Posteriormente, el segundo día después del parto, el 18 de julio de 2002, ella otorgó el

consentimiento en las precarias condiciones de información y asesoría ya descritas.

8.1.4.2 No se le aseguró a la madre la posibilidad de tener acceso a su hija antes de dar el consentimiento, y durante el tiempo que ella podía revocarlo. En respuesta escrita del Director de la Regional Nariño del ICBF al cuestionario formulado por esta Sala de Revisión, se respondió a la cuestión de si Beatriz había tenido contacto con su hija desde el momento de su nacimiento y durante cuánto tiempo en los siguientes términos: “Se desconoce el contacto y la reacción de la madre biológica al momento del nacimiento de su hija ya que sólo conocemos los oficios enviados por el Jefe de Atención al usuario y Gerente del Hospital San Pedro de la Ciudad de Pasto quienes solicitaron protección al ICBF Regional Nariño para una recién nacida hija de la señora Beatriz quien manifestó desde ese Centro Hospitalario su deseo de hacer entrega voluntaria de su hija en adopción”. Del resto del acervo probatorio se sabe que la madre tuvo contacto con su hija el primer día de nacida; por lo menos durante el tiempo que duró el traslado de ella hasta el ICBF en una ambulancia, el mismo día del parto.

8.1.5. El consentimiento de dar en adopción no se dio como contraprestación de beneficio económico alguno. Beatriz no dio su consentimiento en contrapartida de nada. Lo hizo pensando que era lo mejor para su hija, para su buen desarrollo, en primer lugar, y porque también consideró que era lo más conveniente para ella y su familia, en segundo lugar, dada su penosa situación económica.

8.1.6. El trámite del consentimiento de la accionante de dar en adopción a su hija no fue respetuoso de la dignidad de Beatriz ni sensible a la especial situación humana en la que ella se encontraba; no propició algún tipo de seguimiento o de apoyo, ni se anunció o comunicó de forma alguna el vencimiento del plazo para revocar.

El ICBF no fue sensible a la especial situación humana en la que Beatriz se encontraba. Como se ha anotado a lo largo de este análisis, la madre no fue objeto de un real interés por parte de los funcionarios. Su versión, pese a tener los visos de tratarse de un relato armado sobre los clásicos “clichés” a los que recurren las madres que se encuentran en una situación similar a la de ella, por creer que así sí les van a recibir sus hijos, fue tomada por cierta. No se indagó ningún dato. No se verificaron las condiciones del resto de la familia. Tampoco se trato de esclarecer si en realidad tenía o no dos hijos más, y cuál era el estado en que éstos se encontraban. El acompañamiento se limitó a un ofrecimiento de más citas en el ICBF, si

quería.

Durante el proceso no se dio tiempo de reflexión. Beatriz no tuvo oportunidad de madurar las inquietudes y decantar la información recibida. El mismo día en que se le proporcionó la información jurídica y psicológica acerca de la adopción, se recibió su consentimiento de dar en adopción a Alicia. No le fue posible entonces, ponderar su decisión, ni considerar las consecuencias de ella, ni discutirla unos días después con la psicóloga, una amiga o algunos familiares. Claramente se trata de una situación que contrarían el sentido de protección al menor de las reglas que regulan la materia. Mientras que las disposiciones pretenden propiciar las condiciones necesarias para que la madre, con absoluta libertad y tranquilidad, adopte de forma segura y estable tan difícil decisión, la práctica pareciera preocuparse únicamente por cumplir formalmente los requisitos establecidos para que, cuanto antes, se pueda dar el niño en adopción. Por supuesto que la celeridad del procedimiento y la pronta reubicación de un menor en un nuevo seno familiar, cuando es dado en adopción, son preocupaciones compatibles con el interés superior del menor, pero no son las únicas ni las más importantes.

Luego de firmado el consentimiento, el contacto con Beatriz por parte del ICBF finalizó. Nunca hubo otro acercamiento, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de revocar el consentimiento. No se le recordó la existencia del término, no se le anunció que se iba a vencer antes de que ello ocurriera; simplemente se esperó a que el plazo transcurriera para entenderlo irrevocable y continuar con el trámite de adopción.

8.1.7. De lo dicho, concluye entonces la Sala de Revisión que el consentimiento de Beatriz de dar en adopción a Alicia no fue idóneo constitucionalmente. Si bien fue libre de vicios, no fue (a) amplia y debidamente informado, (b) convenientemente asesorado, ni (c) apto. Adicionalmente, el proceso adelantado no fue respetuoso de la dignidad de Beatriz, ni fue sensible a su situación. No se le concedió un tiempo de reflexión. No se estableció ningún contacto antes de vencerse el término. Por lo tanto, tampoco se respeta el debido proceso mínimo en este caso.

8.1.8. Como se dijo, es irrevocable a los treinta días de otorgado, el consentimiento apto, asesorado e informado de dar en adopción, esto es, el consentimiento idóneo constitucionalmente. Por lo tanto, al no haber dado Beatriz en adopción a su hija Alicia

mediante un consentimiento en los términos exigidos por la Constitución Política, las normas de orden público del Código del Menor, y los tratados sobre derechos de la niñez, no es aplicable el párrafo del artículo 94 que le impide a ella revocar su consentimiento.

## 8.2. La preservación del interés superior de Alicia

Se tiene, entonces, que el consentimiento de Beatriz para entregar a Alicia en adopción no fue constitucionalmente idóneo. Por lo mismo, el ICBF no estaba facultado para dar aplicación a la regla del Código del Menor sobre la irrevocabilidad de dicho consentimiento, una vez transcurrido un mes desde su otorgamiento. Si la óptica con la que la Sala ha enfocado la resolución de este caso estuviera referida únicamente a la forma en que Beatriz expresó su voluntad de entregar a Alicia en adopción, habría de ordenarse que se diera curso a la solicitud de revocatoria del consentimiento presentada por la peticionaria, y en consecuencia, la custodia de Alicia debería ser restituida a su madre biológica.

Pero la Sala es consciente de que el efecto inmediato de cualquier decisión que se tome en el asunto bajo revisión será el de determinar la ubicación familiar de Alicia. Una decisión de esta magnitud no se puede tomar sin haber estudiado en detalle, en tanto consideración primordial, cuáles son las circunstancias específicas en las que se va a dejar a la niña, cómo va a incidir la resolución de este caso sobre su bienestar presente y futuro, y sobre todo, cómo se puede lograr la materialización de su interés individual, superior y prevaleciente en desarrollarse de manera integral como parte de una familia que le permitirá desarrollarse.

En esa medida, no puede la Corte limitarse a examinar la idoneidad del consentimiento manifestado por Beatriz, y tomar una decisión sobre esa base; ello equivaldría a resolver la situación de Alicia y determinar su interés superior con base en un aspecto aislado del caso, sin tener en cuenta sus circunstancias vistas como un todo. Tampoco se puede seguir el curso de acción adoptado por el juez de primera instancia, en el sentido de ordenar al ICBF que defina si Beatriz está en condiciones de cumplir con los deberes y obligaciones que exige la condición de madre, puesto que (i) el ICBF es la parte demandada en este proceso, (ii) con ello se omitiría la determinación del interés superior de Alicia, que debe constituir la columna vertebral de la presente decisión, y (iii) se estaría defiriendo en el tiempo, aún más, la incorporación de Alicia a un núcleo familiar estable que le proporcione todas las condiciones requeridas por su edad y su condición (no debe olvidarse que a todo lo largo del proceso de

tutela de la referencia, Alicia ha estado bajo el cuidado de una madre sustituta, cuya función es de naturaleza eminentemente transitoria, pero frente a la cual Alicia puede generar lazos psico - afectivos cuya ruptura se haría más difícil y traumática entre más tiempo se dejara transcurrir).

Por lo mismo, la constatación de que existieron fallas en la manifestación del consentimiento de Beatriz, y en el proceso de adopción como un todo, no constituye razón suficiente para llegar a una determinación sobre un asunto tan crucial para el futuro de Alicia, que definirá el curso de su existencia y las condiciones de su desarrollo. Un niño no es un bien patrimonial que deba restituirse ante la constatación de un consentimiento viciado; se trata de una persona, en condiciones de especial vulnerabilidad, cuyos intereses, derechos y bienestar deben ser objeto de especial celo por mandato expreso del constituyente, en consideración a su status de sujeto digno, y más allá de ello, por elementales motivos de humanidad.

En consecuencia, se pregunta: ¿existen elementos de juicio suficientes para establecer, sin ambigüedades, que el interés superior de la menor Alicia será adecuadamente satisfecho con su restitución a Beatriz, su madre biológica? Para resolver este interrogante, cuya importancia es crítica para el futuro de Alicia, la Corte dará aplicación a los criterios y reglas arriba esbozados para establecer el interés superior de los niños en casos concretos, a la luz del material probatorio que obra en el expediente.

### 8.3. Las condiciones demostradas por Beatriz ante los jueces de tutela, y las condiciones de su familia extensa

Como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, para la Sala es claro que una madre que entrega a su hijo en adopción puede obrar motivada por el amor, dada la necesidad inaplazable de confiar su niño a quienes puedan proveerle las condiciones que ella no está en posibilidad de otorgar. En ese sentido, no es aceptable descalificar de entrada la idoneidad de dicha madre por el hecho de haberse separado voluntariamente de su hijo; como tampoco se puede subestimar el profundo efecto psicológico que puede generar en tal mujer la conciencia de haberlo entregado.

El vínculo psico - afectivo que existe entre una madre y su hijo biológico trasciende por su misma naturaleza el espectro común de las relaciones interpersonales, para ubicarse en niveles mucho más profundos y determinantes de la psiquis humana. Ello no quiere decir que

toda mujer sea una madre idónea por el hecho de haber dado a luz a un niño, ni que quienes no son progenitoras biológicas no estén en óptimas condiciones para establecer una relación de verdadera maternidad con los niños que crían como a sus hijos, ni mucho menos que no exista una relación igualmente significativa con el padre. Únicamente indica que los efectos psicológicos de cualquier alteración de la relación entre la madre biológica y su hijo serán muy significativos, como regla general, para los dos sujetos involucrados en el vínculo. Si a ello se suma la especial valoración que se otorga a la maternidad y a la madre en el contexto socio - cultural colombiano, se entenderá que normalmente no es fácil para una mujer en nuestro país desprenderse de un hijo, cualquiera que haya sido su motivación, pero especialmente si lo hizo para proteger al menor.

Partiendo de tal premisa, la Sala es comprensiva de la situación general de Beatriz, y por lo mismo presume que sus principales motivaciones al solicitar la restitución de Alicia fueron (i) el deseo de volver a estar junto a ella, y (ii) el arrepentimiento por su entrega en adopción al ICBF. Es desde esta posición que se deben analizar sus actuaciones y sus manifestaciones ante las autoridades: desde la perspectiva de una madre angustiada por recuperar a su hija.

Ahora bien, una primera lectura del expediente demuestra que existen serias contradicciones y vaguedades en varios puntos de las declaraciones efectuadas por Beatriz ante las autoridades: (i) el número de hijos que tiene, (ii) las circunstancias en que quedó embarazada, (iii) la reacción de sus padres y su conocimiento mismo de su embarazo, (iv) su historia laboral, especialmente al momento de dar la niña en adopción, (v) el proceso de expresión de su consentimiento para dar a Alicia en adopción, (vi) el número de veces que fue al ICBF a preguntar por la niña y los funcionarios con los que habló, entre otros.

Las valoraciones de estas contradicciones son, a su vez, ambiguas. Si bien pueden obedecer a condiciones de inestabilidad psicológica o inmadurez de la peticionaria, también puede ser explicadas por su estado de ánimo general ante la decisión que adoptó, y por su ansiedad de recuperar a Alicia. Sean cuales fueren las motivaciones precisas que llevaron a Beatriz a efectuar declaraciones vagas y contradictorias sobre asuntos tan importantes para la decisión de este caso, es claro para la Sala que su condición misma hace que en principio no se le pueda descalificar, ni juzgar en forma severa por el hecho de haber mentido ante las

autoridades para recuperar a Alicia. Recuérdense nuevamente que en nuestro contexto, el estado psicológico normal de una madre que ha entregado a su hijo en adopción no se puede soslayar al evaluar sus actuaciones. Pero al mismo tiempo, tampoco se ha demostrado la presencia de alguna de las razones de peso que, de conformidad con lo establecido en el acápite (3.2.) de esta providencia, justificarían mantener a Alicia separada de su familia biológica. Todas las circunstancias que han llevado a la Sala a concluir que Beatriz se ha contradicho en sus versiones constituyen razones que se han catalogado en esta sentencia como insuficientes para separar a un niño de su familia biológica.

En ese orden de ideas, para la Sala era indispensable contar con elementos de juicio adicionales sobre la aptitud de Beatriz para criar a su hija. Fue precisamente la anterior consideración la que llevó a esta Corporación a comisionar a la juez de Berruecos para llevar a cabo una inspección judicial en el domicilio de los padres de Beatriz, con el fin de determinar las condiciones en las que se encontraba Juan, el hijo mayor de Beatriz, de 10 años de edad. Una constatación directa de la forma en que este otro hijo de Beatriz había sido criado podía proveer a la Sala la certeza requerida para tomar una decisión en el presente caso.

Como se reseñó en el acápite de pruebas, Juan ha sido criado en un ambiente de notable amor y cuidado, en el hogar campesino constituido por los padres de Beatriz en el municipio de Berruecos. Lo que es más, sus afirmaciones y las de su abuela confirman que Beatriz periódicamente va a visitarlo, y les envía dinero, así como ropa y juguetes para el niño.

Por otra parte, de las afirmaciones de Beatriz, valoradas en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, se deduce que el verdadero núcleo estable de su familia, es decir, de la familia que le va a proveer a Alicia, está en el hogar en Berruecos donde Beatriz vivía antes de que su embarazo se tornara notorio y decidiera irse a Pasto. Varios hechos llevan a la Sala a esta conclusión: (i) las afirmaciones de Beatriz sobre sí misma, sobre su hijo y sobre la importancia que le concede al hogar paterno, (ii) el hecho de que Beatriz periódicamente envía o lleva dinero, ropa y juguetes para contribuir al sustento de dicho hogar y a la crianza de Juan, (iii) las afirmaciones de Cecilia, en el sentido de que Beatriz colabora periódicamente para su sustento, y ha expresado su deseo de construir un cuarto adicional en la casa de Berruecos para vivir allí con su hijo.

Por otra parte, no debe perderse de vista que Beatriz no ha demostrado a satisfacción de la Corte que tenga un hogar en la ciudad de Pasto, ni siquiera un sitio de residencia permanente; de las pruebas se deduce que el único hogar conocido verdaderamente estable se encuentra en Berruecos, en el seno de su familia, junto a sus padres y un hermano. Por lo mismo, es a este hogar al que previsiblemente va a ingresar Alicia, en el evento de ser restituida a Beatriz, dado el antecedente observable en la crianza de su hijo Juan, y su situación actual.

¿Puede entonces la Corte descartar la idoneidad del hogar de Cecilia por el hecho de que su particular organización familiar consista de abuelos, tío y nieto, o porque la madre biológica de Alicia deba vivir lejos del campo, en la ciudad, por motivos de trabajo? ¿Puede acaso restar valor a tal hogar por el hecho de ser una familia campesina, con sus particulares condiciones económicas y culturales? Lo que es más importante, ¿puede la Corte desestimar las afirmaciones inequívocas del menor Juan sobre el amor con el que siente que ha sido criado por sus abuelos, sobre la atención periódica que ha recibido de su madre, o sobre el cuidado general que recibe? ¿Es viable hacer caso omiso del dicho de Cecilia sobre la atención y el apoyo periódicos que ha recibido de su hija, y sobre su voluntad de recibir a Alicia con el mismo cariño que ha prodigado al hijo mayor de la peticionaria? A la luz de las reglas constitucionales arriba trazadas, la respuesta a estos interrogantes sólo puede ser negativa.

En efecto, en virtud de la protección especial dada por la Constitución al pluralismo y a la familia, la Corte está obligada a reconocer, promover y proteger todas las formas de organización familiar que existen en el país. Lo que es más, el especial amparo que otorga la Carta a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia (art. 43, C.P.) hace imposible desestimar la aptitud e idoneidad de las formas familiares que no responden al modelo occidental de la familia nuclear compuesta por padre, madre e hijos. Una constatación siquiera superficial de la realidad sociocultural colombiana demuestra que existen múltiples formas de familia en nuestro país, dependiendo de la ubicación geográfica, socioeconómica y cultural de cada grupo humano en cuestión, y de sus necesidades concretas. Por lo mismo, mal haría el juez constitucional al imponer una visión de familia que ni corresponde a la realidad de la organización social colombiana, es protegida en forma exclusiva por el Constituyente. En consecuencia, la idoneidad del núcleo familiar extendido estable constituido por los padres de la peticionaria, sus hijos y otros familiares, se debe examinar en

sí misma.

Tampoco es constitucionalmente viable, dado que Alicia ya había sido asignada por el ICBF a una pareja de padres adoptivos extranjeros, comparar la situación de su familia biológica extensa con la de su potencial familia adoptiva. No escapa de la atención de la Sala que no cabe duda alguna sobre la aptitud de la pareja que había sido seleccionada por el ICBF para brindar a Alicia un hogar estable; ello no sólo se infiere del proceso mismo de selección y calificación al cual ya han sido sometidos tanto por las autoridades de su país de origen, como por las colombianas, sino también de una circunstancia notoria: el que la decisión de convertirse en padres adoptivos es una opción motivada por el amor hacia un niño que carece de hogar. También ha demostrado interés y diligencia en el resultado del presente proceso. De allí que en principio no se cuestione la idoneidad familiar de quienes deciden postularse para recibir como padres a un niño, puesto que éste ingresará a su nueva familia como un hijo que ha sido deseado y activamente buscado, lo cual indica que recibirá, cuando menos, el amor necesario para su crecimiento armónico. A pesar de esta situación, que demuestra que el futuro que podría esperar a Alicia con sus padres adoptivos es deseable, no puede la Sala establecer la condición de tales padres adoptivos como parámetro de comparación para determinar la idoneidad del núcleo familiar ofrecido a Alicia por su madre biológica, ya que como se explicó arriba, (a) tal familia extensa debe ser evaluada en sí misma, y (b) el simple hecho de que un niño pueda estar en mejores condiciones no justifica separarlo de su familia biológica, puesto que a menos que existan razones poderosas, ya mencionadas, que ameriten tomar una medida de protección como la adopción, la presunción a favor de tal familia biológica debe ser aplicada. No obstante, advierte la Sala de Revisión que no entra a determinar cuál debería ser la solución en el caso de que la menor ya hubiese sido entregada a los padres adoptivos y se hubiese incorporado a un nuevo núcleo familiar, por no ser el caso bajo estudio.

A partir de las consideraciones previas, se reitera, resultaba indispensable para la Corte establecer las condiciones específicas de la familia biológica extensa de Alicia, sin acudir a criterios externos de comparación. Y una vez examinado en detalle dicho núcleo familiar por la Juez comisionada para ello, se tiene que dentro de su medio social, y en cuanto al cuidado que brinda a los menores que la integran, esta familia es más que apta: es encomiable.

En resumen, el examen detenido de las pruebas que obran en el expediente lleva a la Sala a

concluir que (i) Beatriz puede brindarle a su hija cuidado y amor; (ii) Beatriz no ha demostrado satisfactoriamente, sin embargo, que cuente con la totalidad de las condiciones requeridas para proveer apoyo material a Alicia pero (iii) la familia materna extensa de Alicia, que a la luz de tales pruebas constituye el verdadero núcleo estable de la familia de Beatriz, sí está en posición de proveer a la menor un hogar apto, un cuidado integral y, sobre todo, el cariño y la atención que resultan vitales para el desarrollo armónico de cualquier ser humano en formación. Lo que es más importante, Cecilia ha manifestado en principio su voluntad de recibir a su nieta “con los brazos abiertos”, como un miembro más de su familia. Esta afirmación no puede pasar desapercibida.

#### 8.4. La medida de protección procedente en el caso de Alicia

Tratándose de niños, no se pueden tomar decisiones que no contemplen el panorama futuro de su desarrollo y las condiciones que garanticen que éste se llevará a cabo en forma sana e integral. Por lo mismo, no es aceptable privar a Beatriz y Alicia de la posibilidad de desarrollar plenamente el vínculo materno - filial que les une. Si bien la peticionaria no ha demostrado que en sí misma, y por separado de su familia extensa, pueda proveer hoy en día a Alicia medios materiales suficientes, al mismo tiempo no se puede descartar la posibilidad de que en el futuro próximo logre hacerlo.

Por lo tanto, dadas las anteriores condiciones, considera la Sala que la medida más apta para promover el desarrollo armónico de Alicia, según las reglas establecidas por la Constitución, es la de entregarla de vuelta a su madre biológica efectuando dicha entrega en el seno de la familia extensa en la población de Berruecos.

Estima la Sala que la entrega, en este caso, tiene características específicas relevantes. Primero, se hará súbitamente en el hogar de la familia extensa, pero bajo responsabilidad de la madre biológica. Segundo, dicha madre no ha demostrado que cuenta con los medios materiales suficientes para proveerle a Alicia el cuidado básico. Tercero, el ICBF no ofreció a Beatriz las alternativas que permitirían aliviar la presión económica que ella invocó como una de las razones para dar a su hija en adopción, cuando el ICBF debía haberle presentado esta opción. Cuarto, el interés superior de Alicia exige que la Sala asegure que en un periodo razonable de transición e integración a su familia originaria, la menor reciba los elementos materiales básicos para su cabal desarrollo. Dicho periodo se estima en seis meses, durante

los cuales Beatriz no se vería obligada a dejar a Alicia con su abuela para irse a trabajar a Pasto.

Por lo tanto, dadas las fallas atribuibles al ICBF en el proceso de adopción de Alicia, y para efectos de garantizar que Alicia recibirá el cuidado que requiere, se ordenará al ICBF que provea (a) todos los elementos materiales necesarios para la debida crianza de la menor Alicia, tales como sustitutos lácteos, complementos nutricionales, medicamentos esenciales y artículos de primera necesidad durante un lapso de seis meses, contados a partir del momento mismo de la entrega, cuando se proveerán tales elementos y se asegurará que cuando se agoten se suministrará oportunamente lo necesario hasta que se cumpla el semestre indicado; (b) la asesoría psicológica requerida por Beatriz, si ella lo desea y del profesional que ella escoja, durante el término de seis meses. Se dispondrá especialmente que el Director Regional del ICBF en Nariño, o el Director Nacional del ICBF en lo que sea necesario, efectúen las actuaciones administrativas y presupuestales necesarias para tal fin y expliquen a Beatriz, en presencia de los abuelos de Alicia, el sentido, los alcances y los límites de este grupo.

Para velar por el adecuado cumplimiento de lo ordenado, dada la ubicación geográfica de Berruecos, Nariño, y de la colaboración eficiente que la Juez Promiscuo de Berruecos, Aida Cristina Arteaga Ramos, le ha prestado a esta Corte, se dispondrá que esta funcionaria judicial efectúe visitas periódicas al hogar de la familia biológica con el fin de que verifique que Alicia se encuentra en condiciones adecuadas para su desarrollo integral y el goce efectivo de sus derechos. Tales visitas se harán durante el lapso de un año con la intensidad señalada en la parte resolutive de la presente sentencia. En caso de desplazamiento de la hija, con su madre y su abuela u otra persona a otro lugar, se deberá informar previamente a la Juez Promiscuo de Berruecos para que ésta informe al Juzgado Primero de Familia de Pasto, quien se encargará o comisionará a un juez de dicho lugar, para que se continúe verificando la situación de la menor.

También se comunicará la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para lo de su competencia, no sólo en el presente caso sino en relación con la política que implementará el ICBF en todo el país para asegurar que no vuelva a suceder lo constatado en el proceso de adopción de Alicia.

## 8.5. La situación de los padres adoptivos

No puede la Sala dejar de hacer referencia expresa a la situación realmente trágica en la que han sido colocados, como consecuencia de las graves irregularidades que se presentaron en este caso, los padres adoptivos extranjeros que habían sido seleccionados por el ICBF para proveer una familia estable a Alicia. Se deduce no sólo de consideraciones psicológicas autorizadas, sino de las comunicaciones dirigidas a la Corte por tales padres, que una vez les fue informada la asignación de Alicia a su hogar, ellos establecieron, aún antes de haberla visto o de haberla tenido en sus brazos, una relación de verdadera e innegable compenetración con Alicia, con todos los efectos que ello conlleva para su situación emocional. Es notable, en este sentido, la atención con la que esta pareja ha seguido el desarrollo del caso, y las manifestaciones que han hecho a esta Corporación en forma escrita y verbal, en las que inequívocamente han demostrado que su interés primordial está puesto en el bienestar de Alicia, y que atraviesan por una situación a todas luces injustificable.

Por la misma razón, debe advertirse que la presente decisión generará en esta pareja el duelo inherente a la interrupción de la relación con un hijo adoptivo que ella esperaba de buena fe y con gran ilusión, y que la responsabilidad de tal situación es, en últimas, atribuible a las graves falencias detectadas en el proceso de adopción, en particular en cuanto a la idoneidad del consentimiento recibido a Beatriz, y a las fallas en el procedimiento que se siguió. Y no se trata simplemente de un caso de “falta de consideración”, o de “deficiente atención” por las autoridades colombianas; como se señaló anteriormente en esta providencia, se está frente al irrespeto de una expectativa legítima creada por las mismas autoridades de bienestar familiar frente a la pareja de padres adoptivos, quienes a pesar de ser extranjeros, son titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento a cualquier persona, entre ellos el derecho al debido proceso administrativo, a la protección de la familia, a la protección de la buena fe y de la confianza legítima de los particulares en las autoridades. Lo que es más grave aún: como consecuencia de las fallas procedimentales señaladas en esta decisión, se ha generado una situación de profundo sufrimiento para quienes actuaron motivados por una consideración esencialmente humanitaria: el amor hacia un niño colombiano al cual no conocían, y la voluntad irrestricta de proveerle todo el cuidado y la protección necesarios para su desarrollo pensando en el interés superior de la menor.

No es posible reemplazar un hijo con otro, intentarlo sería asumir una postura contraria a la dignidad humana. Por ello, la Corte no ordenará que el proceso de adopción de la menor Alicia, suspendido en virtud de este proceso de tutela, culmine con la entrega de otro menor (es esta una decisión legítima que sólo ellos pueden tomar; no le corresponde a la Corte Constitucional). Mucho menos, si se entiende que lo vivido hasta este momento puede requerir un período de duelo. No obstante, nada impide que esta pareja opte por adoptar otro menor en Colombia, bien sea ya o dentro de un tiempo. El respeto por sus expectativas legítimas exige que el ICBF les ofrezca esta posibilidad, pero en condiciones especiales, habida cuenta de lo que sucedió en el presente caso y de la situación en que han quedado estos padres adoptantes. Por consiguiente, en el evento de que tales padres adoptivos decidan que quieren adoptar un hijo colombiano, se ordenará al ICBF que, previo un procedimiento de consulta con dichos padres, adelantado por un comité ad hoc de profesionales de tal institución, se les otorgue la mayor prioridad en la asignación de otro hijo adoptivo y se les ubique a la cabeza del orden de prelación correspondiente, para así evitar someterlos a los rigores y demoras de un nuevo trámite de adopción. Se entenderá para estos efectos que, además de los requisitos que compete determinar al comité ad hoc constituido en virtud de esta providencia, abajo explicados, (i) tal pareja de padres llena con creces las cualificaciones requeridas para brindar a un menor colombiano desprotegido el hogar al que constitucionalmente - y por su condición misma- tiene derecho, y (ii) se ha dado cumplimiento a todos los requisitos necesarios para la entrega física del menor correspondiente, puesto que este era el estado del proceso en el momento en que Beatriz inició las actuaciones tendientes a recuperar a Alicia. Así se atiende, en la medida de lo jurídicamente posible, la confianza legítima de esta pareja en que un proceso en el cual participaron de buena fe, y cumpliendo los requisitos de ley, culminara exitosamente desde su perspectiva.

No escapa a la Corte, sin embargo, que esta solución exige ponderar el interés superior de otro menor en las circunstancias en que se encontrarán los padres adoptantes, no en este momento, sino después de conocido el presente fallo. Podría suceder, por ejemplo, que se despierte en ellos algún sentimiento que pueda comprometer el interés superior de este otro menor. Corresponde al comité ad hoc de profesionales del ICBF constituido en virtud de esta providencia, con su experticio en la materia, analizar específicamente este punto antes de tomar la decisión de entregarles prioritariamente otro menor. Si efectuada esta evaluación cuidadosa, se concluye que el sexo de este otro menor es relevante para asegurar la

promoción de su interés superior y el goce efectivo de sus derechos al cuidado y al amor, así como todos los demás de los cuales depende su desarrollo integral, entonces dicho comité podrá permitir que los padres adoptantes escojan el sexo de este menor.

## 9. Procedimiento para la obtención del consentimiento

9.1. Cuando se analizó la importancia de salvaguardar las garantías durante el trámite para otorgar el consentimiento de dar un menor en adopción, se advirtió que los propósitos de obtener un consentimiento constitucionalmente idóneo son: (1) que se tome la mejor decisión, en función del interés superior del menor, y (2) que el consentimiento sea seguro y estable por responder a una decisión seria y firme. En el presente caso, el no haber brindado el pleno de garantías para haber obtenido un consentimiento idóneo constitucionalmente, llevó a que se contara con una manifestación de voluntad incierta, inestable y susceptible de ser modificada, como en efecto sucedió. El interés superior de Alicia ha sido desatendido; la menor ha sufrido las consecuencias de estar sometida a un pleito judicial que le ha impedido pasar varios meses de su primera infancia lejos de un núcleo familiar estable.

La manera como se asegura la estabilidad del futuro de todo niño o niña que va a ser adoptado, no es mediante la imposición severa, ciega y formal de reglas como la irrevocabilidad del consentimiento, una vez transcurrido un mes luego de haber sido otorgado. De hecho, como se indicó, ninguna norma del Código del Menor puede ser interpretada exegéticamente, por mandato expreso del mismo Código; su lectura y comprensión debe tender a la efectiva protección del menor y la salvaguarda de su interés superior. La forma como el ordenamiento asegura al estabilidad del menor dado en adopción, es asegurándose de que la decisión de la madre es firme y no va a ser revocada. Es dentro de este contexto que la regla de irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción debe ser comprendida.

9.2. No obstante, es preciso indicar que la Regional Nariño del ICBF actuó dentro de los parámetros que normalmente se exigen al interior del ICBF. En efecto, en el cuestionario remitido por la Sala de Revisión a la Dirección Regional se preguntó,

3- ¿Cómo son, en la práctica, los procedimientos que adelanta el ICBF – Regional Nariño – para recibir el consentimiento de los padres biológicos de dar en adopción a un hijo? ¿Existe alguna práctica especial por parte del ICBF cuando el consentimiento lo otorga una mujer

cabeza de familia o padres menores de edad?

La respuesta de la Dirección fue la siguiente,

“Los procedimientos que adelante el ICBF frente al consentimiento de los padres biológicos de dar en adopción a un hijo o el otorgado por una mujer cabeza de familia o padres menores de edad, son los señalados en la ley colombiana (Código del Menor art. 94 y 95)”

Esta perspectiva, primordialmente formal, respecto a cuáles son los requisitos y cuál es el trámite que, en la práctica, debe adelantarse para que una persona consienta dar en adopción, esta propiciada por el propio ICBF. En efecto, mediante la Resolución 1056 de junio de 1996 (seis meses después de que se hubiese incorporado a la legislación nacional la Convención de la Haya de 1993 relativa a las adopciones internacionales, mediante la Ley 265 de enero de 1996.), la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar modificó el artículo 40 de la Resolución 1267 de julio 5 de 1994, “Por la cual se establecen unos procedimientos en materia de adopción”, proferida también por la Dirección del Instituto. Esta norma se ocupa del “consentimiento para la adopción” en los siguientes términos,

Artículo 40. Para la recepción del consentimiento a que se refiere el artículo 94 del Código del Menor, el Defensor de Familia, dejará constancia escrita en la que se registre:

- 1) Los datos de identidad de quien otorga el consentimiento y del menor sujeto del mismo;
- 2) La calidad de quien otorga el consentimiento en relación con el menor, acreditada mediante prueba idónea de la filiación.
- 4) La irrenunciabilidad del término para revocar el consentimiento;
- 5) Las firmas de quienes intervienen en esta diligencia, con la huella dactilar de quien otorga el consentimiento.

Parágrafo primero. El consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, para entregar un menor en adopción a una Casa de Adopción debidamente autorizada para adelantar este programa, deberá manifestarse personalmente, ante el Coordinador del Programa de Adopciones Regional, si es Defensor de Familia y en su defecto, ante el

Defensor de Familia designado por el Director Regional o Seccional de Agencia, quien de inmediato adoptará la medida de protección provisional en beneficio del menor o hará el reparto entre las respectivas Defensorías con igual fin.

Parágrafo segundo. El consentimiento a que se refiere el presente artículo, deberá ser revocado dentro del término establecido en el artículo 94 del Código del Menor ante el Defensor de Familia que se otorgó.

Prosigue luego la Resolución 1267 de julio de 1994 en su artículo 41 así,

Artículo 41. Cuando la persona que otorga el consentimiento a que se refiere el artículo 94 del Código del Menor, no presente su documento de identidad, ni aquel que demuestre su parentesco con el menor, el Defensor de Familia asumirá de inmediato la protección de este último y apoyará y orientará a la persona para la obtención de los documentos correspondientes.

Como se aprecia de la simple lectura de las reglas citadas, la preocupación del desarrollo reglamentario ha sido, únicamente, en cuanto a las formalidades. Las garantías materiales conferidas a las personas que dan en adopción, no sólo no se desarrollan, ni siquiera se mencionan. No explica los criterios fijados en el Código, tampoco hace referencia a los mandatos de la Convención de la Haya o a los parámetros fijados por la Constitución y por la jurisprudencia constitucional. No se indica que el consentimiento debe ser asesorado convenientemente, ni que debe ser amplia y debidamente informado. El ICBF no incluye directrices respecto a cuál debe ser el trato para con las madres, cómo debe ser la consejería que se les preste, o de qué manera presentar los programas de ayuda económica que pueden servir de alternativa para mantener la familia unida. La única parte en que se incluye un mandato que contempla garantías materiales en el proceso, es al final del artículo 41 de la Resolución citada, donde se ordena al Defensor de Familia “apoyar y orientar” a quien da el consentimiento para que obtenga los papeles necesarios que le permitan finalmente dar en adopción. Es decir, tan sólo se reclama la orientación para asegurar que el menor sea separado de su familia.

El ICBF no ha precisado, articulado y divulgado una política institucional que concuerde con los parámetros internacionales y constitucionales que definen la manera y las condiciones bajo las cuales debe otorgarse el consentimiento de dar en adopción un menor. Esta falencia

afectó a la hija de la accionante, a la misma accionante, e incluso a dos ciudadanos extranjeros que llegaron a generar un vínculo afectivo con la menor. Para esta Sala de Revisión es claro que en la medida en que esta situación se presente en otros casos futuros, los derechos de muchos menores seguirán corriendo el mismo riesgo de ver afectado su interés superior.

9.3. Por consiguiente, se ordenará al ICBF que precise, divulgue e implemente una política pública que asegure que en los procesos de recepción de consentimientos para adoptar se garantice que la manifestación de voluntad sea constitucionalmente idónea. Para ello, se deberá tomar todas las medidas necesarias para propender por la humanización del procedimiento. Entre otras, el ICBF deberá establecer claramente cuál es el tiempo mínimo que debe transcurrir entre el nacimiento del menor y el momento en que se otorga el consentimiento, para que éste sea apto. Adicionalmente, como ya se anunció, a la Defensoría del Pueblo se le deberá informar oportunamente del cumplimiento de esta orden y se le permitirá evaluar los resultados de la aplicación de dicha política pública.

### III. DECISIÓN

En conclusión, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, desconoció el interés superior de Alicia y su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al aplicar en este caso la norma legal sobre irrevocabilidad del consentimiento para dar en adopción transcurrido un mes, y en consecuencia negarle a su madre biológica la posibilidad de recuperar a su hija, puesto que dicho consentimiento no es idóneo constitucionalmente, al no ser apto, asesorado, e informado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

Primero.- Revocar la decisión del Tribunal Superior de Pasto – Sala Civil y de Familia, y en su lugar tutelar los derechos prevalentes de la menor Alicia (así denominada para proteger su identidad), en especial su derecho a tener una familia y no ser separada de ella. También se tutela el derecho de su madre Beatriz (así denominada para proteger su intimidad) a no ser separada de su hija, miembro de su familia. En consecuencia se deja sin efectos todo lo

actuado por el ICBF, Regional Nariño, dentro del trámite de adopción de la hija de la accionante.

Segundo.- Ordenar por Secretaría General al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, que en el término de 72 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, se le entregue física y jurídicamente a la señora Beatriz su hija menor Alicia, en su residencia familiar en Berruecos, Nariño, reintegrando así a la niña, al seno de su familia biológica. El ICBF, Regional Nariño, informará con 36 horas de antelación a la Juez Promiscuo Municipal de Berruecos, Nariño, y a la Defensora Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer de la Defensoría del Pueblo, para que acompañen al ICBF en la diligencia de entrega de la menor.

Tercero.- Ordenar por Secretaría General al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, adoptar todas las medidas administrativas y presupuestales necesarias para proveer a la señora Beatriz mensualmente, a partir del día de la entrega de la menor, los elementos materiales básicos necesarios para la debida crianza de la menor, según determine el mismo Director Regional de acuerdo con los parámetros legales y reglamentarios, tales como sustitutos lácteos, complementos nutricionales, medicamentos esenciales y de primera necesidad, durante el término de seis meses. Al momento de la entrega, la Juez Promiscuo Municipal de Berruecos le advertirá a la madre en presencia de los abuelos de Alicia que este apoyo específico no continuará después de seis meses, indicándole la fecha exacta de la terminación. Igualmente, el ICBF, Regional Nariño, deberá informar de todas y cada una de las actuaciones que realice con relación a la menor, a la Defensora Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer de la Defensoría del Pueblo.

Cuarto.- Ordenar por Secretaría General al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que tome las medidas necesarias para asumir el costo del apoyo psicológico que la accionante eventualmente recibirá, si ella así lo desea, durante un período de seis meses, contado a partir de transcurrido un mes de la notificación de la presente sentencia. La accionante podrá solicitar este apoyo psicológico de la profesional que ella escoja. El Directo Regional del ICBF explicará a la accionante en qué consiste esta posibilidad y cuál es su utilidad.

Quinto.- Ordenar por Secretaría General a la Juez Promiscuo Municipal de Berruecos, Nariño,

visitar sin previo aviso a la accionante en su residencia en Berruecos, dos veces durante el primer mes siguiente a la notificación de esta sentencia, y posteriormente cada mes, para comprobar el estado en el que se encuentra la menor, durante un lapso total de un año. La juez informará sobre la situación de la menor al Juzgado Primero de Familia de Pasto. En caso de que la accionante desee cambiar de residencia en compañía de su hija, ordenarle que previamente deberá advertírsele a la Juez Promiscuo Municipal de Berruecos, para que ésta, a su vez, informe al Juez Primero de Familia de Pasto, quien se encargará de continuar con las visitas o comisionará al despacho judicial competente para ello, dependiendo del lugar de la nueva residencia en que la accionante vivirá con su hija. Del acta de las visitas se remitirá copia a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.

Sexto.- Ordenar por Secretaría General a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que precise, divulgue e implemente una política pública, en el plazo de dos meses contados a partir de la notificación del presente fallo, tendiente a humanizar los procesos de trámites de adopción en los términos señalados en la presente sentencia, en especial, asegurando (i) que todo consentimiento para dar en adopción sea, apto, asesorado e informado; (ii) que se cumplan los requisitos mínimos de un debido proceso para consentir dar en adopción, y (iii) que a la madre, o a los padres, se le ofrecen diferentes alternativas para que la adopción no sea ni la única ni la principal opción posible.

Séptimo.- Ordenar por Secretaría General que se comuniquen el presente fallo a la Defensora Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer de la Defensoría del Pueblo, para que disponga sobre el seguimiento del presente caso, y tome, dentro del ámbito de su competencia, aquellas medidas y acciones tendientes a asegurar el goce efectivo de los derechos de la menor.

Octavo.- Ordenar por Secretaría General al Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de esta providencia informe a la pareja extranjera que, si desean adoptar otro menor en Colombia, su solicitud será atendida con la mayor prioridad, puesto que en esta sentencia se ha constatado que ellos han obrado de buena fe y los requisitos pertinentes ya han sido cumplidos. En caso de que manifiesten su deseo de adoptar otro menor colombiano, para proteger el interés superior de dicho menor, así como para acompañar debidamente la decisión de adjudicárselo a la pareja de extranjeros mencionada, la Dirección General del

ICBF, en un término de 5 días, deberá constituir un comité ad hoc de profesionales, encargado de: (i) consultar a los padres adoptivos extranjeros que habían sido asignados para la menor si desean continuar con el trámite de adopción de otro hijo colombiano inmediatamente, o una vez pase un tiempo; (ii) establecer en qué condiciones puede ser mejor satisfecho el interés superior del menor que les será entregado, en los términos de esta providencia. En el término de 15 días, contados a partir del momento en que se conforme el comité ad hoc, éste deberá entregar un informe a la Dirección General del ICBF, la cuál, en el término de 48 horas, tomará todas las medidas necesarias para asegurar que en el trámite para adoptar un niño colombiano por parte de la pareja de extranjeros en cuestión, sólo se tengan en cuenta aquellos pasos que sean necesarios para salvaguardar el interés superior del menor y se dé cumplimiento a las conclusiones y recomendaciones del comité ad hoc en cuestión.

Noveno.- Ordenar a la Secretaría General que los nombres y los datos que permitan identificar a la menor o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ordenar por Secretaría General al Juzgado Primero de Familia de Pasto que se encargue de salvaguardar la intimidad de la menor y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Décimo.- Comunicar por Secretaría General, mediante correo certificado y a la mayor brevedad posible, la presente sentencia a la pareja de extranjeros a quienes el ICBF había asignado la menor Alicia, en razón al respeto a su dignidad y su buena fe. Esta providencia también será comunicada al Ministerio de Relaciones Exteriores para lo de su competencia.

Undécimo.- Librar, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Adicionalmente, comunicar el fallo a la Dirección Nacional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Sentencia N° T-510 de 2003

Anexo

Tabla de contenidos

## I. ANTECEDENTES

1. Hechos narrados en la demanda de tutela 2
2. Demanda y solicitud 3
3. Contestación del ICBF a la acción de tutela 4
4. Pruebas aportadas por las partes y evaluadas por los jueces de instancia 6
5. Sentencia de primera instancia 13
6. Impugnación del fallo de primera instancia 15
7. Comunicaciones dirigidas por la parte demandante al Tribunal Superior de  
Pasto en respuesta a la impugnación del fallo de primera instancia 16
8. Fallo de segunda instancia 19

## II. Consideraciones y fundamentos

1. Protección de la intimidad de Alicia 27

2. Problemas jurídicos a resolver	27
3. El interés superior del menor y su determinación en casos concretos	28
3.1. Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor	30
3.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor	30
3.1.2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor	31
3.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos	31
3.1.4. Equilibrio con los derechos de los padres	31
3.1.5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor	32
3.1.6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales	32
3.2. El derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella	32
3.3. Los derechos conexos de los padres	36
3.4. La presunción a favor de la familia biológica y las condiciones de su aplicación. Respeto por los padres adoptantes y el interés superior del menor que ya se ha integrado a su nueva familia	38
5. El consentimiento informado	43
6. El consentimiento de una madre biológica para dar un hijo o una hija en	

adopción 47

6.1. El hecho de que una madre decida dar en adopción un hijo, por sí sólo, no dice nada acerca de su calidad como madre y mucho menos como persona o como mujer 47

6.2. Aunque la decisión debe estar orientada a la protección del interés superior del menor, constitucionalmente es legítimo para la madre considerar su propio interés sin anteponerlo al del menor 49

6.3. La manifestación de la voluntad de dar en adopción no implica necesariamente el deseo de querer separarse del hijo 49

7. Para que sea idóneo constitucionalmente el consentimiento de dar a un menor en adopción debe ser apto, asesorado e informado 52

7.1. Pautas de interpretación de la normatividad sobre el consentimiento informado 52

7.2. El consentimiento de dar en adopción, en especial cuando se trata de un bebe y lo otorga la madre biológica 54

7.2.1. El consentimiento es un requisito de la adopción 54

7.2.2. El consentimiento de dar en adopción debe ser libre de vicios 54

7.2.3. El consentimiento debe ser informado y asesorado 55

7.2.4. El consentimiento para dar en adopción a un menor, en

especial cuando se trata de un acto de la madre biológica, debe ser apto	60
7.2.5. Un consentimiento para dar en adopción no puede darse a cambio de un beneficio económico	64
7.2.6. Resumen	64
7.3. La irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción	65
7.4. El proceso debido mínimo en el trámite del consentimiento de dar en adopción	68
7.4.1. El procedimiento para dar el consentimiento de dar en adopción debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas	68
7.4.2. Notificación del proceso de medida de protección	69
7.4.3. Una vez la madre se encuentre en condiciones emocionales estables debe ser amplia y debidamente informada	69
7.4.4. Momento de la manifestación del consentimiento	69
7.4.5. Aviso o acercamiento antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento	69
7.4.6. Resumen	70
7.5. Inaplicabilidad del plazo de irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción cuando no es idóneo constitucionalmente	70

conclusiones	71
8. Análisis del caso concreto	72
8.1. Las condiciones de la manifestación y revocación del consentimiento de la señora Beatriz para entregar a Alicia en adopción	72
8.2. La preservación del interés superior de Alicia	83
8.3. Las condiciones demostradas por Beatriz ante los jueces de tutela, y las condiciones de su familia extensa	84
8.4. La medida de protección procedente en el caso de Alicia	88
8.5. La situación de los padres adoptivos	89
9. Procedimiento para la obtención del consentimiento	91
III. DECISIÓN	94
IV PARTE RESOLUTIVA	94

1 La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada entre otras, en las siguientes sentencias: T-523/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-442/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); T-420/96 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-1390/00 (M.P. Alejandro Martínez caballero); T-1025/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

2 La Corte constata una inconsistencia en cuanto al número de hijos de la peticionaria.

3 La Corte constata una inconsistencia en cuanto al origen del embarazo de la peticionaria.

4 Constitución Política, art. 44; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1; Código del Menor, arts. 20 y 22.

5 Ver, entre otras, las sentencias T-979/01 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-514/98 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

6 Código del Menor, artículo 20: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. || Código del Menor, artículo 22: “La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

7 La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal. Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha aplicado reiteradamente el estándar del interés superior del menor, entre otras en las decisiones de Sahin vs. Alemania (sentencia del 11 de octubre de 2001, en la cual se restringió el contacto entre un ciudadano alemán y su hija menor de edad, por considerar que dada la animadversión entre él y la madre de la niña, tales contactos irían en detrimento del interés superior de ésta última), L. Vs. Finlandia (sentencia del 30 de marzo de 2000, en la cual se aceptó una medida de protección consistente en separar a un menor de sus padres biológicos por existir acusaciones de abuso sexual y una enfermedad mental de la madre, que hacían presumir que el interés superior del menor sería satisfecho con la separación) y P., C. y S. Vs. Reino Unido (sentencia del 16 de julio de 2002, en la cual se aprobó la colocación de un niño recién nacido y su hermana en un hogar sustituto, dados los antecedentes psiquiátricos de la madre, que constituían un riesgo para su salud y, por ende, contrariaban su interés superior).

8 Sentencia T-408 de 1995 (M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz) En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la menor le impedía hacerlo.

9 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

10 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

11 Código del Menor, artículo 30: “Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o peligro, 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren, 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal, 5. Carezca de representante legal, 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental, 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la drogadicción, 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad”

12 Este criterio recogido en el artículo 44 de la Constitución, ha sido consistentemente aplicado por los tribunales internacionales de derechos humanos, tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, en casos de menores cuyos derechos entran en conflicto con los de sus padres; véase, a este respecto, los casos de E.P. vs. Italia (sentencia del 28 de octubre de 1999, en la cual se declaró la licitud de una medida de protección consistente en separar a una menor de edad de una madre cuyos problemas psiquiátricos constituían graves riesgos para la salud de la niña) y Olsson vs. Suecia (sentencia No. 2, del 27 de noviembre de 1992, en la cual se evaluó la medida de protección consistente en separar a unos niños menores de edad de sus padres, quienes presentaban antecedentes de deficiencias mentales que estaban causando retrasos en el proceso de desarrollo de los niños).

13 Por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que el

menor requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En el mismo sentido, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

14 En este caso la Corte consideró que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho de una menor a tener una familia al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tienen era de una edad menor, y consideraban que ello podría generar traumatismos. (Sentencia T-587/98)

15 Ello constituye un reflejo de lo dispuesto por el artículo 16-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, por el artículo 10-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud del cual “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”, y por el artículo 17-1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

16 Código del Menor, artículo 129: “Se entiende que un menor carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas cuando, sin presentarse los supuestos para ser considerado en situación de abandono o de peligro, carece de medios

para atender a su subsistencia, o cuando las personas a cuyo cargo esté su cuidado, se nieguen a suministrárselo o lo hagan de manera insuficiente”.

Código del Menor, artículo 130: “Al menor que carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas se le prestará el concurso del Estado para imponer a los responsables de la obligación alimentaria el cumplimiento de la misma. Si la familia o los responsables de su cuidado personal carecieren de medios suficientes, esta atención le será dispensada por el Estado con el concurso de la familia y de la comunidad, de acuerdo con la situación en que se encuentre el menor”

Código del Menor, artículo 131: “Las medidas de protección al menor que se encuentre en la situación prevista en este título, serán adoptadas a solicitud de quienes tengan a su cargo el cuidado personal de su crianza y educación, o de oficio. Con ellas se busca apoyar a la familia para la atención integral del menor, procurando no separarlo de su medio familiar..”

18 Código Civil, art. 250

19 Código Civil, art. 251

20 Constitución Política, art. 68

21 El artículo 25-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que la maternidad y la niñez son condiciones dignas de especial protección.

22 Sentencia T-339 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) En este caso la Corte Constitucional protegió el derecho de una menor a permanecer con la familia a la cual la madre biológica la había entregado y con la cual se estaba criando. En consecuencia, confirmó la decisión de los jueces de instancia de no acceder a la petición de la abuela biológica materna había presentado en nombre de su hija, para que se le devolvieran la menor a su madre biológica.

23 Sentencia T-881 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso se decidió que el ICBF no desconocía los derechos de dos menores a tener una familia, al privar de la custodia a su madre y a quien alegaba ser su padre y adelantar un trámite para darlos en adopción, debido a que tales actuaciones constituyen una medida de protección ante el

maltrato que los menores habían sufrido.

24 La presunción a favor de la familia biológica también encuentra sustento en la regla según la cual un niño recién nacido forma parte de la familia de su madre biológica, cualquiera que sea la configuración de tal grupo familiar, ipso facto y por el mero hecho de su nacimiento, lo cual le hace titular del derecho a recibir protección por parte de dicha familia. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras en el caso de *Keegan vs. Irlanda* (sentencia del 19 de abril de 1994, en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

25 Así, en la sentencia T-715 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se determinó que constituye una vulneración del interés superior del menor el separarlo abrupta e intempestivamente de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto; y en la sentencia T-278 de 1994 (M.P., Hernando Herrera Vergara) se ordenó, como medida de protección, la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco años, con la cual había formado sólidos lazos psico-afectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica -que la había entregado voluntariamente a dicha pareja- había expresado su voluntad de reclamarla ante el ICBF.

26 Véase, en este sentido, la sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) La Corte Constitucional decidió que no violaba el derecho a la igualdad ni el derecho a tener una familia, una norma que establece como requisito para adoptar ser mayor de 25 años.

27 En la sentencia T-101 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte decidió dejar en firme la decisión que se había tomado el ICBF hacía más de un año de confiar el cuidado y protección de una menor a una familia, pese a que la madre alegaba que en el Hospital en el cual la dio a luz le había sido raptada.

28 Por ejemplo, en la sentencia T-278 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara) se ordenó, como medida de protección, la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco años, con la cual había formado sólidos lazos psico-afectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a

pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja– había expresado su voluntad de reclamarla ante el ICBF. En la sentencia T-941 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se decidió que el ICBF desconoce el derecho a estar con su familia a un menor al excluir de los candidatos para padres adoptantes a los padres sustitutos porque a si lo demanda la ley, cuando de forma irregular el ICBF permitió que la medida de protección se extendiera durante casi 3 años, propiciando la oportunidad de que se generaran fuertes vínculos afectivos.

29 La regla sobre prevalencia del interés superior del menor en casos de adopción ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros en el caso de Keegan vs. Irlanda (sentencia del 19 de abril de 1994, en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

30 Art. 93 de la Constitución Política y Art. 19 del Código del Menor.

31 “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, arts. 4 y 13.

32 De ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia.

33 Sentencia C-562 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía). En esta ocasión la Corte Constitucional decidió que una norma que permite a los padres menores de edad dar en adopción un hijo, no desconoce los derechos constitucionales de aquellos, ni la especial protección que confiere la Constitución.

34 Ibidem.

35 Sentencia T-881 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Previamente citada.

36 Sentencia T-587 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Previamente citada.

37 En ese sentido, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la

Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional” establece en el preámbulo que en todo proceso de adopción, el interés superior del menor debe constituir la principal consideración; a su vez, el artículo 14 de esta Declaración establece que al decidir sobre procesos de adopción, se debe procurar la ubicación del menor en el ambiente más apropiado para su desarrollo.

38 En la sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), con el propósito de entrar a determinar la necesidad del consentimiento informado requerido para definir la sexualidad de un niño con hermafroditismo se indicó que “(...) en una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de permiso o de autonomía tiene una prevalencia prima facie sobre los otros principios concurrentes. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda intervención médica debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusarse incluso a determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con su más importantes proyectos y convicciones personales.”

39 En la sentencia T-597 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se considero al respecto: “Es necesario concluir entonces, que el principio de utilidad que tienen los diversos procedimientos experimentales para el desarrollo de la ciencia médica está limitado por el principio de autonomía que le impone a los profesionales de la ciencia médica un mayor rigor cuando presentan a sus pacientes un procedimiento experimental para su curación. Por supuesto, debido a que la validación de los procedimientos médicos no es un proceso matemático exento de discusiones al interior de la comunidad científica, y debido también a que -como ya se dijo- existen tanto mecanismos formales como informales para llevar a cabo estas acreditaciones, el deber de los médicos de proveer a sus pacientes la información necesaria respecto de un procedimiento cuya validez científica sea incierta, no se agota con la simple opinión de un especialista. Es necesario cualificar el criterio por el cual se determina el procedimiento a efectuar, cuandoquiera que existan dudas razonables acerca de su validez terapéutica o de su indicación a la situación de salud específica del paciente.”

40 En la sentencia T-1329/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte consideró que: “(...) Las colectividades de carácter político que busquen el apoyo de la ciudadanía tienen la obligación de poner a disposición de todas las personas la información necesaria para que

éstas, libre y autónomamente, decidan si quieren o no brindar su apoyo. No hacerlo puede llevar a confusiones e inducir a error, permitiendo que quien firme termine apoyando un grupo o una iniciativa que en realidad nunca deseo apoyar.” En este caso la Corte decidió que el Consejo Nacional Electoral no desconoce el derecho fundamental a la creación de partidos y movimientos políticos de un grupo de ciudadanos al negarles la personería jurídica en razón a que son idénticos ya que: (i) el representante legal común a ambos, (ii) los fundadores y dirigentes del movimiento son los mismos, y (iii) las firmas de apoyo popular no representan una manifestación de voluntad informada, por cuanto en el proceso de recolección de firmas no se les indicaba a los ciudadanos claramente para que se solicitaba su apoyo.

41 En la sentencia C-656/96 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley N° 291 de 1996 “por medio de la cual se aprueba el Tratado sobre Traslado de Personas Condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá”. En aquella ocasión consideró lo siguiente: “El último principio básico del tratado es la protección de la autonomía, la dignidad y los derechos de las personas condenadas. No hay entonces traslados forzosos sino que toda repatriación debe contar con el consentimiento informado de la persona, y en el caso de inimputables, del representante legalmente autorizado (art. 6º ord 3º), por lo cual se ordena a los Estados informar del contenido de la presente convención a los condenados a quienes ésta pueda aplicarse, así como de las consecuencias jurídicas del traslado (art. 9º). E, igualmente, se prohíbe que la persona trasladada pueda ser detenida, procesada o condenada en el Estado Receptor por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada, o que la condena sea aumentada en el Estado Receptor (art. 4º). De esa manera el tratado no sólo se busca facilitar un mejor y real conocimiento de los procedimientos y condiciones bajo los cuales espera el instrumento sino que además se pretende que las personas que potencialmente se puedan beneficiar con las repatriaciones conozcan con certeza las implicaciones de su traslado y sean protegidas en sus derechos.”

42 En la sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte unificó su jurisprudencia en los casos de hermafroditismo. En aquella ocasión se decidió que las cirugías tempranas y los tratamientos hormonales a menores hermafroditas mayores de cinco años deberán ser postergados hasta que sea el paciente quien pueda brindar un consentimiento informado y cualificado, puesto que la decisión paterna puede no estar

orientada a verdaderamente proteger los intereses del menor. Este precedente ha sido recientemente reiterado por la sentencia T-1025/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en donde se resolvió un caso de hermafroditismo de un menor de ocho años.

43 Así lo consideró la Corte en la sentencia T-850/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). Posteriormente fue resuelto un caso similar, pero con una menor (sentencia T-248/03; M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la Corte consideró que “(...) el legislador, en aras de proteger al menor, ha entendido que una persona con deficiencias mentales no puede ostentar la calidad de garante de los derechos de un menor y, por lo mismo, puede ser despojado del cuidado del mismo y ser obligado a someterse a tratamiento psiquiátrico (arts. 57 y 58 del Decreto 2737 de 1989). || Teniendo en cuenta lo anterior, (...) por razones de dignidad humana resulta necesario proteger, aquí si, in abstracto su derecho a la autodeterminación sobre su cuerpo. Mientras no consienta, al igual que toda mujer, no puede ser forzada a ser madre biológica. Por lo anterior, debe autorizarse la tubectomía.”

44 En las sentencias SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-551 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-692 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte ha considerado que existen tres criterios centrales que deben ser considerados para determinar cuando es procedente que se brinde un “consentimiento informado sustituto”: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente.

45 Esta distinción es analizada por Carol Sanger, Profesora de Derecho de la Universidad de Santa Clara, en un extenso artículo en el que se ocupa de estudiar los orígenes, estado y futuro de la regulación acerca de las diferentes formas de separación que pueden darse entre una madre y sus hijos, artículo en el que se exponen y desarrollan muchas de las ideas aquí expuestas (Snager, Carol. Separating from children. Columbia Law Review. March, 1996; Rev. 375.).

46 Código del Menor, artículo 30.- Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. || 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. || 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. || 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción

penal. || 5. Carezca de representante legal. || 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental. || 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. || 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley. || 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

47 Sanger, Carol. Separating from children. Op. cit.

48 Sanger, Carol. Separating from children. Op. cit.

49 Sanger, Carol. Separating from children. Op. cit.

51 Informe citado por el diario El Espectador el 25 de mayo de 2003, y por el Informe de los Grupos Investigadores y Organizaciones No Gubernamentales de Colombia al Comité de los Derechos del Niño (<http://www.crin.org/docs/resources/treaties/crc.25/colombiaNGOreport3.pdf>)

52 En un informe encargado por la UNICEF al Instituto Latinoamericano para la Educación y la Comunicación (ILPEC) en el año 2000, se analizó la situación de la adopción en Guatemala. Este país, si bien tiene menos garantías jurídicas que Colombia, en tanto que existe la posibilidad de adoptar sin la intervención judicial y el país no ha firmado ni ha ratificado la Convención de la Haya, da en adopción un número de niños similar al de Colombia (1.370 niños 1998). Este informe es revelador con relación a los motivos que llevan a las madres a entregar sus hijos en adopción. La similitud que existe entre las razones alegadas en Colombia, específicamente las alegadas en el presente caso bajo revisión de la Corte, y las alegadas por las madres en Guatemala, evidencia nuevamente que se trata de un problema regional. Con base en los 90 expedientes de adopción en los que se basó el estudio en cuestión, las madres que daban en adopción fueron caracterizadas en los siguientes términos: “Según la información que aparece en los expedientes estudiados, 64 madres señalaron que se dedican a cuidar a sus propios hijos o trabajan en servicio doméstico en casas de la Ciudad de Guatemala (algunas trabajadoras sociales coincidieron en que los abogados las colocan como domésticas en la Capital mientras dan a luz y que luego ellas regresan a sus pueblos). (...) || (...) las trabajadoras sociales de los juzgados de familia señalaron que han podido observar que la mayoría de las madres son mujeres adultas jóvenes que quieren vivir su vida sin problemas, han llegado a la Capital a trabajar como domésticas y no quieren que sus familiares y amistades sepan que han procreado. Otras

manifiestan que dejaron a sus hijos bajo el cuidado de los padres, en sus pueblos y que no les pueden enviar un hijo más porque sería mucha carga para ellos o que en su trabajo no los quieren sin hijos. || En la muestra de 90 casos, aunque no se obtuvo información para todos los casos, se detectó que 82 madres entregaron en adopción a su hijo justificándose en su precaria situación económica; manifestaron que querían que otras personas les dieran a sus hijos lo que ellas no podían darles; un niño fue entregado por ser el resultado de una violación y en otro caso la madre manifestó no querer al niño porque debido a su nacimiento había perdido al hombre que quería. || Parece ser que las madres tienen muy en claro lo que deben decir cuando llegan a declarar a los juzgados de familia y a las embajadas, pues en ambas entrevistas declaran lo mismo y, según lo perciben las trabajadoras sociales de los juzgados de familia, “manejan el mismo cliché”. Las madres manifiestan generalmente que su familia no sabe que estuvieron embarazadas, que no tienen medios para sostener otro hijo, que el padre de la criatura la dejó cuando supo que estaba embarazada, que ya tiene muchos hijos, que fue un niño no deseado o que fue violada.” (Adopción y los Derechos del Niño en Guatemala. Informe presentado por el Instituto Latinoamericano para la Educación y la Comunicación (ILPEC) a UNICEF el año 2000 ([http://www.iss-ssi.org/Resource\\_Centre/Tronc\\_DI/guate-ilpec-unicef-esp.PDF](http://www.iss-ssi.org/Resource_Centre/Tronc_DI/guate-ilpec-unicef-esp.PDF)))

53 C. del M., artículo 3.- Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción. (...)

54 C. del M, artículo 5.- Todo menor tiene derecho a que se le defina su filiación. A esta garantía corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable. || El menor será registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre, a una nacionalidad, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos.

55 C. del M., artículo 6.- Todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia. El estado fomentará por todos los medios, la estabilidad y el bienestar de la familia como célula fundamental de la sociedad. || El menor no podrá ser separado de su familia sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlo. || Son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.

56 C. del M., artículo 10.- Todo menor tiene derecho a expresar su opinión libremente y a conocer sus derechos. En consecuencia, en todo proceso judicial o administrativo que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes. || Artículo 11.- Todo menor tiene derecho al ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión bajo la dirección de sus padres, conforme a la evolución de las facultades de aquél y con las limitaciones consagradas en la ley para proteger la salud, la moral y los derechos de terceros.

57 C. del M, artículo 20.- Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.

58 C. del M., artículo 18.- Las normas del presente Código son de orden público y, por lo mismo, los principios en ellas consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicará de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes.

59 C. del M., artículo 19.- Los Convenios y Tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código. (acento fuera del texto)

60 Artículo 1502 a 1516 del Código Civil.

61 Este Convenio fue incorporado a la legislación interna mediante la Ley 265 de enero de 1996, declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-383 de 1996. Otros países que lo han ratificado son España, México, Rumania, Sri Lanka, Chipre, Polonia, Ecuador, Perú, Costa Rica, Burkina Faso, Filipinas, Canadá, Venezuela, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Andorra, Holanda, Francia, Australia, Moldavia, Lituania, Paraguay y Nueva Zelanda.

62 Traducción de Alegría Borrás, catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona y representante de España en la XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y de Cristina González Beilfuss, Ayudante de Derecho internacional privado en la Universidad de Barcelona y Secretaria adjunta en la XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Constituye la versión

oficiosa en lengua española de los textos auténticos en francés e inglés, contenidos en el Acta final de la XVII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (10-29 de mayo 1993).

63 Convención de la Haya establece: Artículo 1. El presente Convenio tiene por objeto: (a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional; (b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; (c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio. || Artículo 2. (1) El Convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. || (2) El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.

64 Ya antes la Corte ha señalado como en aquellos casos en los que el impacto sobre los bienes constitucionales es considerable, no basta con que el consentimiento sea informado. A propósito de los casos de hermafroditismo, en la sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se considero que debido a que las intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas son particularmente invasivas, el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Se precisó, que “(...) un consentimiento cualificado requiere a su vez de una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes. Por ello, en eventos como éstos, el equipo sanitario no sólo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento.”

65 Con relación a la oportunidad para dar el consentimiento de dar en adopción puede verse,

por ejemplo, Note: Rumpelstiltskin revisited: the inalienable rights of surrogate mothers. Harvard Law Review, June 1986.

66 Explanatory report on the Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption; drawn up by G. Parra-Aranguren (<http://www.hcch.net/e/conventions/expl33e.html>)

67 La actual versión del artículo 177 del Código Civil Español proviene de la reforma introducida por la Undécima Disposición Final de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.

68 Explanatory report on the Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption; drawn up by G. Parra-Aranguren (<http://www.hcch.net/e/conventions/expl33e.html>)

69 Ver: The National Adoption Information Clearinghouse. Consent to Adoption. Current through May 31, 2002 (<http://www.calib.com/naic/laws/consent.cfm>); y ver: Harry D. Krause. International Encyclopedia of comparative Law. Volume IV, Persons and Family. Cap. VI Creation of relationship of kinship. Sec. Adoption. (Secc. 148 - 199; p. 73- 96)

70 Esta regla que se encuentra en el numeral 20 del Capítulo Tercero de la Ley de Niñez y Adopción (Adoption and Children Act 2002)

71 Harry D. Krause. International Encyclopedia of comparative Law. Op. cit.

72 Como se indicó, los parámetros que se han de tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento apto son: (1) no puede ser en el momento del parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes -esto en un lenguaje inteligible para los no abogados-; y (5) que en todo caso se tendrá la

posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado.

73 No ocurre lo mismo en cuanto a la revocabilidad de la decisión de adoptar al menor, al respecto existe una mayor divergencia entre los diferentes ordenamientos; problema que se distancia del caso bajo Revisión, por lo que la Sala de Revisión no entra a analizar el tema.

74 Esto ocurría, por ejemplo, en Alemania Occidental (Harry D. Krause. International Encyclopedia of comparative Law. Op. cit.) y ocurre actualmente en algunos estado de los Estados Unidos de América como por ejemplo, Florida [Statute: §§ 63.052; 63.082] y Arizona [Statute: § 8-106(A), (B)].

76 Como ocurre en el estado de Kansas, en los Estados Unidos de América (Statute: § 59-2114)

77 Como ocurre en el estado de Delaware, en los Estados Unidos de América (Statute: Tit. 13 § 909)

78 Los estados de Alaska (Statute: § 25.23.070) y Georgia (Statute: § 19-8-9) son ejemplos de estas modalidades.

79 C.C., art. 348

80 C.C., art. 265<sup>a</sup> par. 2

81 Statute: Fam. Code §§ 8814.5; 8700

82 Children (Care and Protection) Act 1987

83 C. del M., artículo 94.

84 Föräldrabalk ch. 4 § 5

85 Statute: § 3107.084

86 Respuesta del 2 de enero de 2003 de la Directora del ICBF, Regional Nariño, a la solicitud de la señora Beatriz de revocar su consentimiento, presentada el 23 de diciembre de 2002.

87 Dice el ICBF en la impugnación del 4 de febrero de 2003: “A este respecto es necesario poner de presente que el hecho de que muchas madres biológicas no tengan la capacidad económica para solventar las necesidades básicas de sus hijos no es razón para entregarlos en adopción, pues en la oficina de recepción verbalmente se les brinda la asesoría necesaria sobre otros programas que tiene el ICBF para ayudarlas en circunstancias difíciles como el programa FAMI para mujeres gestantes y lactantes; Hogares Comunitarios, Hogares Infantiles donde pueden dejar a sus hijos para que los atiendan y los cuiden mientras trabajan (...)”