

Sentencia T-587/98

COMITE TECNICO DE ADOPCIONES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- Ausencia de notificación de decisión al menor o defensora

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Edad del actor/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ- Asunto puramente constitucional y arbitraria transgresión de derechos fundamentales/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL ORDINARIO-Desproporción y costos en términos de eficiencia

Esta Corporación ha establecido que cuando la edad del actor permita presumir razonablemente que de someterse a un proceso ordinario su derecho quedará insatisfecho, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Lo anterior, sin mencionar que, en aquellos casos en los cuales se encuentran comprometidos derechos fundamentales cuya realización continua se torna necesaria para proteger la dignidad de su titular, el juez constitucional, para decidir sobre la procedencia de la tutela, debe verificar si, verdaderamente, se está produciendo una lesión iusfundamental y si ésta se origina en un acto de tal arbitrariedad que resulta desproporcionado someter a la persona a un proceso ordinario. Se trata de las llamadas cuestiones constitucionales que, pese a poder ser ventiladas a través de otros mecanismos judiciales distintos de la acción de tutela, pueden ser asumidas por el juez constitucional dado (1) que se trata de un asunto puramente constitucional, y (2) que resulta flagrante la arbitraria transgresión de los derechos fundamentales. En estos casos, es evidente la desproporción y el costo en términos de eficiencia que implica optar por el mecanismo judicial ordinario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Sujeción al derecho/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Perjuicio iusfundamental irremediable

El ICBF, como todos los restantes órganos del poder público, se encuentra sometido al derecho y, en consecuencia, si a través de sus acciones u omisiones viola el derecho vigente y, sobre todo, los derechos fundamentales, nada obsta para que éstas o aquéllas sean objeto de controversia judicial. En este sentido, es necesario indicar que son los jueces contencioso administrativos y, en algunos casos, los jueces de familia, los órganos competentes para

asegurar que el Instituto demandado se sujete al derecho. No obstante, si se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, procederá la tutela como mecanismo transitorio, sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado a la autoridad administrativa.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Derechos fundamentales conexos/DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Alcance por su vulneración

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. 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. La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal, dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales. Apareja una degradación tal del ser humano que resulta incompatible con el principio de dignidad. Por estas razones, siempre que se respeten las normas básicas de convivencia, la decisión de separarse o de no constituir un núcleo familiar sólo puede ser personal. De otra forma, se estaría convirtiendo al sujeto en un mero instrumento de los caprichos estatales y se le estaría privando de un factor determinante de su más íntima individualidad.

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

Debe afirmarse que no sólo los niños, sino los adolescentes e incluso, los adultos tienen derecho a ser protegidos contra actos arbitrarios del Estado o de los particulares que tiendan a negarles el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. En este sentido, se ha manifestado reiteradamente la Corporación al señalar, por ejemplo, que el derecho fundamental a tener una familia es de doble vía, pues nada justifica que sólo resulten titulares del mismo algunos de sus miembros y, sin embargo, los restantes carezcan de tal titularidad.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA -Protección en los diversos vínculos que la originan

La familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional. Por el contrario, a este respecto la Corte ha indicado: “Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles”. En el mismo sentido, la Corporación reiteró: “Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos.” Y, finalmente, la jurisprudencia señaló: “El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término COLOCACION FAMILIAR”.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Menores abandonados o expósitos/ADOPCION-Integración de núcleo familiar

Existen numerosos eventos en los cuales la familia “natural” no constituye un medio

adecuado para el desarrollo integral del menor. En estas circunstancias, surge la obligación inaplazable del Estado de establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural. Tal vez la institución más importante dentro de las que pueden ser diseñadas para hacer efectivo el derecho de los menores abandonados o expósitos a tener una familia, es la adopción. Esta alternativa es la única dentro de las existentes que 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. En este sentido, los tratados internacionales y las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción y la necesidad de que el éste se someta, enteramente, a la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Primacía constitucional/REGIMEN DE ADOPCION-Especial importancia constitucional

Los menores y, particularmente, aquellos que han sido abandonados o sometidos a procesos de violencia o maltrato, son sujetos constitucionalmente privilegiados. Los derechos contemplados en el artículo 44 y, en especial, el derecho a tener una familia, gozan de primacía constitucional. En consecuencia, dado que la adopción es la institución diseñada para garantizar derechos de sujetos especialmente protegidos, no cabe ninguna duda de que se trata de una figura jurídica que comporta una especial importancia en términos constitucionales. En este sentido, la obligación del Estado consiste en diseñar e implementar un régimen de adopciones sometido integralmente a los principios constitucionales que regulan la función pública, así como a los valores, principios y derechos que se articulan en favor del desarrollo armónico y pleno de los menores.

POLITICA PUBLICA DE ADOPCION-Especial interés por el Estado/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección

En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta, las políticas públicas en materia de adopción deben ocupar uno de los primeros lugares entre las preocupaciones del Estado, por esta razón, los planes y programas en esta materia, deben ser diseñados y ejecutados por las personas mejor capacitadas y estar sometidos a una estricta vigilancia por parte de las entidades públicas de control y por la opinión pública. Todo lo anterior, por supuesto, con

independencia de la calidad – pública o privada – de la entidad encargada de ejecutar dichas políticas. Todo sistema de adopciones deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor. La deficiencia en el diseño y aplicación de las políticas, planes y programas de adopción de los niños expósitos se convierte en una amenaza directa tanto de los derechos fundamentales de los menores que necesitan ser incorporados a un núcleo familiar como de las personas que desean asumir su cuidado. Pero cuando la implementación del régimen de adopciones se realiza al margen de los principios y derechos constitucionales y legales de todas las partes involucradas, la amenaza se convierte en una violación flagrante de los valores y principios constitucionales.

PROCESO DE ADOPCION-Sometimiento a valores, principios y derechos constitucionales

En un proceso de adopción se encuentran involucrados no sólo el derecho fundamental del menor a tener una familia, sino un conjunto mucho más amplio de derechos fundamentales constitucionales cuyo titular no es únicamente el niño sujeto de la eventual adopción. En efecto, el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella tiende a garantizar todo el plexo constitucional de los derechos del niño, así como derechos fundamentales de otros miembros de la familia. En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico.

COMITE TECNICO DE ADOPCIONES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Inexistencia de regla jurídica que defienda la primogenitura

PROCESO DE ADOPCION-Forma de actuar por inexistencia de regla precisa de acción

La decisión del ICBF debe estar fundada en una norma jurídica o, por lo menos, en una directriz o principio jurídico que sea público, claro y jurídicamente controvertible. Adicionalmente, la actuación del ICBF debe someterse tanto a los principios que rigen la administración pública, como a los valores y derechos constitucionales que propenden el

interés superior del menor. Si esto no se cumple, la decisión será arbitraria y, por lo tanto, deberá ser revocada. Aquellos procesos de adopción respecto de los cuales no exista una regla precisa de acción – bien porque las normas no se han ocupado del tema o por que la aplicación de las reglas existentes conduce a una decisión abiertamente contraria a los imperativos constitucionales – la actuación no puede quedar librada simplemente al buen juicio del funcionario de turno, sino a la aplicación de pautas claras fijadas por el ordenamiento jurídico que limiten, hasta donde ello resulte posible, la discrecionalidad y la eventual arbitrariedad de la administración.

TEORIA DE LA DISCRECIONALIDAD TECNICA-Control judicial

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Justificación y fundamentación de decisiones fundadas en motivos técnicos/DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Justificación de decisiones que se fundamentan en motivos técnicos/ADOPCION-Justificación de decisiones fundadas en motivos técnicos

Cuando la administración adopta una decisión fundada en motivos técnicos debe poder justificarla dentro de parámetros científicos universalmente aceptados. Lo anterior cobra todavía más importancia cuando se trata de decisiones que afectan los derechos fundamentales de los menores y, especialmente, el derecho a tener una familia. En estos casos, la Administración debe estar en capacidad de demostrar la racionalidad científica de los datos que apoyan su decisión. En este ámbito, no cabe el menor espacio para la especulación administrativa o para la adopción de medidas en atención al criterio subjetivo del funcionario competente. Como lo ha manifestado esta Corporación, las decisiones que restrinjan o limiten el derecho de un menor a tener una familia están sometidas a un “estricto rigor probatorio”. La decisión del ICBF debe poderse justificar en disposiciones jurídicas que regulen directa, indirecta o residualmente la actuación administrativa en materia de adopciones y, adicionalmente, debe contar con una fundamentación científica objetiva y clara.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Condiciones básicas

El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar

cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, 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; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Aplicación de norma técnica carente de fundamento jurídico y científicamente cuestionable

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Aplicación de norma técnica carente de fundamento jurídico y científicamente cuestionable

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE ADOPCION-Defensa de interés del menor adulto

La menor adolescente tenía pleno derecho constitucional de conocer y participar – directamente a través de su defensor o representante – en el proceso de adopción, no sólo porque ello se deriva del derecho fundamental a ejercer la defensa de los propios intereses, sino porque es la única manera de romper la paradoja que consiste en considerar que una persona es plenamente incapaz para aceptar los fracasos y frustraciones hasta los 18 años, pero que, a partir de entonces, estará capacitado para dejar atrás los hogares de custodia y sobrevivir dignamente sin apoyo alguno.

SISTEMA GENERAL DE ADOPCIONES-Adecuación a los imperativos constitucionales

Referencia: Expediente T-164386

Actor: María del Pilar Martínez

Temas:

Los derechos fundamentales involucrados en las decisiones administrativas o judiciales sobre adopción de menores.

El derecho a tener una familia y los derechos fundamentales conexos.

Sujetos titulares del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

El derecho a la familia de los niños que no pueden ser cuidados por sus padres biológicos

El llamado interés superior del menor

Procedencia de la acción de tutela presentada directamente por una menor contra una decisión administrativa proferida dentro del trámite de adopciones

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de tutela T-164386 adelantado por MARIA DEL PILAR MARTINEZ contra la DIVISION DE ADOPCIONES DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

ANTECEDENTES

1. El 19 de febrero de 1998, la menor María del Pilar Martínez interpuso acción de tutela ante la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, contra la

División de Adopciones del ICBF, por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a tener una familia, a la igualdad, al cuidado y al amor y al debido proceso.

La actora señaló que es una menor abandonada, ubicada en la “Ciudadela de la Niña” desde el 29 de diciembre de 1992, hija de padre desconocido y de una madre que nunca le brindó amor. Informó que, desde el mes de octubre de 1996, fue integrada al programa de padrinazgo, por medio del cual, personas de nacionalidad belga ayudan a niños colombianos desamparados. Dentro de este programa, fue apadrinada por los esposos Jacques y Brigitte Ribant, quienes se han preocupado por conocer su historia, han sostenido con ella comunicaciones escritas y telefónicas y se han preocupado por su situación y su futuro. Agregó que la pareja antes mencionada, “en reiteradas oportunidades han manifestado su interés y decisión de adoptarme para ofrecerme un hogar, amor, el cuidado y las atenciones que a un hijo le pueden prodigar unos padres y una familia”.

La demandante afirmó que, mediante escrito fechado el 20 de junio de 1997, los esposos Ribant expresaron su interés de iniciar los trámites pertinentes para lograr su adopción. Empero – señaló la actora –, la División de Adopciones del ICBF, mediante oficio de octubre 21 de 1997, negó la petición elevada por la familia belga, argumentando que la adopción solicitada podría causar traumatismos familiares, toda vez que la primogenitura de Audrey, la pequeña hija de 8 años de edad, de los Ribant, resultaría disputada con la integración al núcleo familiar de una niña de mayor edad. Sobre la negativa del ICBF, la actora expresó que “la citada comunicación del ICBF [oficio de octubre 21 de 1997], con flagrante violación de la ley, cita de forma genérica unas supuestas normas técnicas, sin especificar su fecha, procedencia, jerarquía, publicación, publicidad, en fin, todo parece indicar que se trata de normas secretas que sólo esa entidad y en ciertas instancias conocen. Derivado de esas normas secretas, se dictó un acto administrativo de contenido particular que no reúne los más elementales requisitos y, en últimas, resulta una vía de hecho vergonzosa”. Adicionalmente, opinó que el concepto de primogenitura, además de no estar contemplado en el Código del Menor como limitante para entregar menores en adopción, es propio de una época “esclavista” o “medieval” y que “hoy en día con los avances científicos, sociales, jurídicos y la consiguiente modificación de los conceptos, consecuencias patrimoniales y la igualdad de los hijos, entre otros, ya está mandado a recoger”.

Manifestó que, frente a la respuesta negativa del ICBF, los esposos Ribant solicitaron una

evaluación psicológica con el fin de demostrar que su adopción no causaría mayores traumatismos al núcleo familiar o a Audrey. Informó que, mediante concepto fechado el 19 de diciembre de 1997, la psicóloga Nathalie Jodogne del Departamento de Neuropsiquiatría y Patologías Especiales – Sector de Psiquiatría – de las Clínicas Universitarias San Lucas de la Universidad Católica de Lovaina conceptuó que su adopción no implicaría problemas para Audrey o para la familia Ribant en su conjunto, habida cuenta de la idealización y convicción que la familia belga había expresado frente al anotado proyecto en las entrevistas sostenidas con la especialista.

A continuación, la actora afirmó : “soy una menor que carece de padres, cuya única expectativa y posibilidad que hoy me brindan Dios y la vida, es la de formar parte de la familia Ribant, junto a la cual podré disfrutar de mis derechos fundamentales, realizar mis sueños y posibilidades de tener un mejor futuro, desarrollarme como ser humano, persona y ciudadana. Pero sobre todo lo anterior, podré contar con lo que hoy me niegan las personas del ICBF, y es el derecho al amor. (...) Señores magistrados (...) no dejen que yo sea una de las tantas niñas que hoy se encuentran en las instituciones como una historia que se suma a otras y sin más posibilidades que esperar que transcurra el tiempo para que, cuando cumpla mi mayoría de edad, deba salir a enfrentarme a la vida sola porque el ente que debía brindarme protección y mayores alternativas quiso que fuera así simplemente porque existían unos lineamientos internos que en nada contemplan el principio constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (...)”.

De otro lado, la demandante consideró que su derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29) y el artículo 10 del Código del Menor (Decreto-Ley 2737 de 1989) habían sido vulnerados por el ICBF cuando esta entidad decidió negar a la familia Ribant su adopción sin consultarle su parecer al respecto y notificarle la decisión final. Al respecto, manifestó que “la determinación que se tomó en el presente caso, ni siquiera me fue notificada a mí que soy la directamente afectada, no se ciñó a los lineamientos procedimentales que ha debido agotar la jefe de la División de Adopciones, es decir, que se decide mi vida y por mi vida sin siquiera consultarme ni tenerme en cuenta”.

Por último, la actora señaló que su derecho fundamental a la igualdad (C.P., artículo 13) también había sido violado por la decisión del ICBF, toda vez que esta entidad le ha negado derechos y oportunidades, discriminándola en razón de su edad.

Conforme a lo anterior, solicitó: (1) que se de trámite a la solicitud de adopción elevada por los ciudadanos belgas Jacques y Brigitte Ribant; y, (2) que se adelanten las actuaciones y estudios necesarios y se impartan las órdenes pertinentes para lograr la efectividad y disfrute de los derechos fundamentales que han sido conculcados. En subsidio de las peticiones anteriores, solicitó que se ordenara al ICBF suspender la aplicación de las “normas técnicas” en las cuales se encuentra consagrada la prevalencia de la primogenitura y los actos administrativos que, conforme a esas normas, han vulnerado sus derechos fundamentales para que, en consecuencia, se de trámite a la solicitud de adopción de los esposos Ribant y se adelanten las actuaciones necesarias para restablecer sus derechos.

2. Mediante oficio N° 005819 de febrero 23 de 1998, la jefe de la División de Adopciones del ICBF manifestó ante el tribunal de tutela:

“Si bien es cierto que la Constitución privilegia el derecho del niño a tener una familia, a través de la adopción se desarrollan los mismos ciclos de la familia biológica y los criterios técnicos, tienden a favorecer y proteger los vínculos naturales dentro del grupo familiar, por ello en todos los casos, debe ser analizada la dinámica y estructura del grupo familiar. En este caso existe una niña de siete años, que es la primogénita y que por lo tanto no podemos sustraerla del proceso de adopción imponiendo una figura fraterna que le arrebatará su posicionamiento dentro del grupo familiar”.

3. Por providencia de marzo 5 de 1998, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, denegó la tutela interpuesta por la menor María del Pilar Martínez contra la División de Adopciones del ICBF.

A juicio del tribunal de tutela, la decisión de la autoridad demandada de no atender la solicitud de los esposos Ribant dirigida a adoptar a la actora, no presenta arbitrariedad alguna, como quiera se fundamentó en las competencias propias de esa entidad pública y estuvo precedida de los estudios correspondientes. El juzgador señaló que, además, la decisión atacada “no sustrajo a la menor del programa de adopción”, motivo por el cual la misma no le “ha quitado a la menor tutelante la posibilidad de tener un futuro y desarrollarse como ser humano”. Agregó que “las razones esgrimidas por el ICBF resultan válidas si las mismas se dieron atendiendo las normas técnicas que dentro de la discrecionalidad y la autonomía que le confiere su competencia, considera benéficas para la menor y para la

familia en general, las que seguramente son fruto de análisis, estudios y experiencias desarrolladas a través del tiempo”.

Por último, el fallador señaló que a los jueces de tutela les está vedado invadir la órbita competencial del ICBF en materia de adopciones. Agregó que “no existen elementos valederos para que se hubiera acudido a la acción de tutela puesto que en ningún momento se observa que las actuaciones del ICBF atenten contra los derechos fundamentales de la menor”.

4. La actora impugnó la sentencia de tutela de primera instancia y señaló que, a diferencia de lo afirmado en el fallo atacado, su demanda no consiste en que el juez de tutela sustituya al ICBF y profiera los actos administrativos necesarios para lograr su adopción por parte de la familia Ribant. Por el contrario, su solicitud tan sólo consiste en que se despejen las vías para que la entidad demandada surta el proceso de adopción “en igualdad de condiciones que los demás solicitantes y con el lleno de todas las garantías legales y constitucionales”. En particular, recabó el hecho de que la decisión final que adopte el ICBF debe estar basada en las disposiciones de la Constitución Política y de la ley y no en normas técnicas “secretas o inexistentes”.

Por otra parte, la demandante indicó que el tribunal a-quo negó la práctica de las pruebas solicitadas en su demanda de tutela e ignoró las pruebas documentales que aportó con la misma, particularmente el concepto de la psicóloga belga que evaluó a la familia Ribant. En su opinión, todo lo anterior vulnera su derecho fundamental al debido proceso y los mandatos contenidos en el artículo 10 del Código del Menor y en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), según los cuales es deber de las autoridades escuchar al menor en todos aquellos procedimientos judiciales o administrativos que puedan afectarlo.

A juicio de la actora, resulta paradójico que la entidad estatal encargada de la protección de los menores desamparados sea precisamente la que, en su caso, se ha negado a hacer efectivos sus derechos fundamentales. Sobre este punto, manifestó que “causa hilaridad que el ente encargado de ofrecerme protección sea el principal abanderado en negarme los derechos constitucionales que me llevaron a instaurar esta acción de tutela, cuando yo soy obra de ellos, cuando nunca se preocuparon por mí, cuando nunca me han volteado a mirar

para saber qué pienso. Es como si una madre se opusiera a los progresos de su hijo”. Agregó que el tribunal “asegura que con la determinación adoptada por el ICBF, no he sido sustraída del programa de adopciones y que por ello no se me ha quitado la posibilidad de tener un futuro y desarrollarme como ser humano, la realidad que los magistrados al parecer no conocen, es otra; si se hubieran ocupado de inspeccionar los archivos de la División de Adopciones hubieran encontrado un sinnúmero de carpetas como la mía sobre las cuales les pasan los años sin una respuesta positiva por cuanto son pocas las personas que adoptan menores que sobrepasan la edad de siete años; y si consultan las solicitudes para adoptar menores también constatarán que son muy excepcionales las que piden niños grandes; y todavía la Sala de Familia del tribunal dice que no se me está truncando una vida mejor”.

La demandante aseguró que el fallo atacado se equivoca al afirmar que la decisión del ICBF se basó en estudios, análisis y experiencias desarrolladas a lo largo del tiempo. Al respecto, indicó que la entidad demandada nunca llevó a cabo ningún estudio de la familia Ribant o de ella ni evaluó las especificidades de su caso para adoptar la decisión objeto de la acción de tutela. Por el contrario, ésta se basó “en unos lineamientos técnicos que son desconocidos, no se sabe con base en qué fueron dictados, su fundamento legal, sus efectos, ni contenido y lo que es peor, se ignora en donde fueron publicados y por qué medios fueron promulgados”. La actora alegó que “no es cierto que se haya realizado por el ICBF, un estudio previo y serio, a la familia Ribant a la menor Audrey, mucho menos a mí, y prueba de mi afirmación es que no se allegó el mismo. En cambio, yo sí aporté el informe rendido con ocasión de una intervención profesional y adecuada realizada por la doctora Nathalie Jodogne, psicóloga, que sí practicó intervención a la familia y a la menor antes anotada, (...), pero que para los señores magistrados no revistió ninguna importancia, no fue tomada en cuenta y mucho menos estudiada”. Así mismo, la impugnante insistió en el hecho de que la prevalencia de la primogenitura era un concepto desueto y arcaico que ni siquiera tenía efectos sucesorales o patrimoniales, tal como se desprende de la Ley 29 de 1982 que estableció la igualdad entre los hijos.

Por último, la demandante señaló que, conforme a la Circular N° 14587 de mayo 10 de 1993, expedida por la Subdirección Operativa de Protección del ICBF, esta entidad ha dado trámite a las denominadas “adopciones de hecho”, las cuales consisten en entregar en adopción, mediante un procedimiento expedito, menores determinados a familias determinadas entre los cuales se ha establecido un vínculo afectivo. A su juicio, lo anterior pone en evidencia que

a su caso no se le ha dado el mismo tratamiento que el ICBF ha deparado a otros casos similares, motivo por el cual su derecho fundamental a la igualdad sí ha sido vulnerado.

5. La jefa de la División de Adopciones del ICBF, mediante oficio N° 010321 de marzo 25 de 1998, luego de hacer un extenso recuento de los objetivos, principios y normas constitucionales y legales en que se funda y regulan el programa de adopciones del ICBF, manifestó ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“La ley no distingue entre los hijos adoptivos y los biológicos y por ello nuestra garantía para el niño a través de una familia por adopción, debe responder a la real integración a ella, como hijo. En el caso presente encontramos una familia que ya tiene una hija de siete años pretende la adopción de la adolescente que nos ocupa con quien desean ampliar el núcleo familiar.

No desconocemos el derecho que asiste a la niña María del Pilar, quien considera vulnerado su derecho fundamental a tener una familia. No obstante se pregunta ¿cuál derecho es prevalente? ¿el de la niña adolescente o el de la niña que será su hermana menor? ¿qué papel juega entonces la otra niña?

Las adopciones de niños colombianos por familias residentes en el exterior, deben revestirse de mayores garantías jurídicas, en consideración a que estas adopciones constituyen un doble desarraigo, el de la propia familia y el del país de origen, perdiendo el Estado casi toda injerencia directa en la solución de los problemas que puedan afectar en forma negativa las condiciones de estos niños.

(...)

En cada caso particular, analizamos las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentra el niño(a) en un momento dado y valoramos si su adopción puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado”.

Por último, la funcionaria informó que la División de Adopciones del ICBF hace todos los esfuerzos y gestiones necesarios para que los niños mayores de seis años que se encuentran en situación de abandono puedan ser adoptados. En este sentido, señaló que “hemos

encontrado para un considerable número de niños en edades superiores a los seis años, familias idóneas que los han acogido en adopción”.

6. Mediante sentencia de abril 3 de 1998, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia.

En opinión del ad-quem, “la decisión negativa del ICBF [oficio de octubre 21 de 1997], no se resiente de capricho o arbitrariedad, en la medida en que, de conformidad con las reglas técnicas de la adopción, talladas por la experiencia propia del transcurso de los años, se exponen allí unos motivos que objetivamente se muestran como razonables a la luz del explicado interés superior del menor, entendiéndose que éste es explicable tanto para la actora, como para la hija que actualmente tienen quienes pretenden esta nueva adopción; sin que pueda inferirse que el instituto en mención se refiera a la primogenitura como un concepto arcaico generador de la desigualdad entre los hermanos, (...), sino que se refiere al orden en que naturalmente vienen los hijos al mundo, por manera que la determinación se basa en el sano criterio conforme al cual el parentesco surgido de la adopción debe asimilarse lo más posible a los vínculos de la sangre, según el querer legislativo de los tiempos modernos y la citada doctrina constitucional sobre el punto”.

El fallador de segunda instancia agregó que la decisión atacada no vulnera los derechos fundamentales de la actora, toda vez que tal decisión se produjo con el único objetivo de evitarle inconvenientes tales como verse expuesta a situaciones de conflictividad o rechazo. Además de lo anterior, apuntó que, según la información remitida por el ICBF, “los niños mayores de diez años también son adoptados en buen porcentaje”.

De otro lado, el ad-quem consideró que el derecho fundamental al debido proceso de la actora no había sido vulnerado, como quiera que sí fue oída para efectos de su adopción, según consta en la diligencia de septiembre 9 de 1994, en la cual manifestó que sí deseaba ser adoptada por una familia.

La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, al ser seleccionada, correspondió a esta Sala su conocimiento.

7. Mediante autos de junio 10 y julio 17 de 1998, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional decretó una serie de pruebas dirigidas a recaudar elementos de juicio para

proferir su decisión en el asunto constitucional de la referencia. El contenido de las pruebas practicadas será detalladamente descrito y estudiado en la parte que sigue de esta providencia.

Análisis de las pruebas practicadas por la Corte

8. Al resolver el problema que plantea la acción de tutela presentada, la Corte estará decidiendo sobre el destino de una menor de 16 años. Por esta razón, la Corporación decretó una serie de pruebas destinadas a establecer todas las condiciones que pudieran ser relevantes para adoptar la correspondiente decisión. En adelante, se analizan las pruebas recepcionadas, en el siguiente orden: (1) estudio de las circunstancias concretas en las que se encuentran las menores María del Pilar Martínez y Audrey Ribant; (2) exposición de las razones que justifican la decisión del ICBF; (3) concepto de el Defensor del Pueblo y la delegada de la Procuraduría General de la Nación sobre las razones aportadas por el ICBF para negar la solicitud de adopción y, (4) conceptos técnicos solicitados por la Sala y aportados oportunamente al expediente.

Las circunstancias particulares de María del Pilar Martínez y las condiciones en las que se produjo la solicitud de adopción¹

9. María del Pilar Martínez nació en la ciudad de Bogotá, el día 4 de junio de 1982, en el Hospital de La Victoria. Su madre, Blanca Cecilia Martínez, quien ya contaba con dos hijos – Carlos Alberto y Dora Luz –, ignoraba quién era el padre de la niña. Al parecer, durante el parto, Blanca Cecilia sufrió un derrame cerebral que si bien no le causó la muerte, sí afectó profundamente su salud mental. Con posterioridad, la madre de María del Pilar se empleó como empleada doméstica en diversas casas de familia.

A lo largo de ocho años, María del Pilar convivió con su madre y sus dos hermanastros. La primera, a consecuencia del derrame ocurrido en el parto, era víctima de ataques de epilepsia, durante los cuales perdía la conciencia de sí misma y se tornaba agresiva y violenta. Recordando las experiencias vividas al lado de su progenitora, María del Pilar relató a la psicóloga de la “Ciudadela de la Niña” que “... cuando yo vivía con ella, ella salía a trabajar por las noches y llegaba por la mañana ... yo recuerdo que cuando le preguntaban a ella en qué trabajaba y yo estaba con ella, me decía que saliera ... ella sufría de ataques y decía groserías y se mordía la lengua y después no sabía qué había hecho ... si le daba el

ataque también se salía para la calle ... yo a veces me escondía cuando le daba eso ...” (fol. 138). En estas circunstancias, la relación entre madre e hija estuvo signada por la violencia y el desamor. Según María del Pilar, “... ella me pegaba porque se ponía brava cuando yo me comía cosas sin permiso ... me pegaba con una correa, o me metía en la alberca con agua fría o me dejaba encerrada ... me pegaba con lo que tenía al alcance ...” (fol. 138). La violencia de la madre llegó a extremos tales que, en una ocasión, le rompió el tabique a la niña tras propinarle un fuerte golpe en la cara.

La relación con Carlos Alberto, el hermanastro, no era mucho mejor. Al respecto, María del Pilar recordó que “... mi hermano Carlos cuando yo fui creciendo era que después mandaba, él llegaba borracho y yo escuchaba cuando le pegaba a mi mamá ... yo le escuché una vez a mi mamá que ella le estaba contando a unas señoras que mi hermano había intentado abusar de ella ... yo nunca vi nada raro entre los dos ...” (fol. 138). La niña agregó que “ ... él [Carlos Alberto] a veces me pegaba pero cuando yo me equivocaba por algo ... me pegaba cachetadas y yo le decía que él no tenía derecho a pegarme ... él tomaba mucho licor, cerveza ... le pegaba a mi mamá cuando estaba borracho ... pero a veces era tierno...” (fols. 138-139). En cuanto a Dora Luz, su hermanastra, María del Pilar refirió que “ ... ella no me pegaba, yo casi no estuve con ella porque ella se crió con mi tía Dioselina ... pero ella casi no nos quería pero no me trataba mal, yo creo que era porque ella se acostumbró a estar con mi tía ...” (fol. 139).

Cuando María del Pilar cumplió los ocho años, a raíz de un acuerdo entre su madre y su tía Dioselina, quedó a cargo de esta última, quien se la llevó a vivir al municipio de Guaduas (Cundinamarca). Allí, la niña cursó y aprobó el primer grado de educación básica primaria, el cual aprobó con excelente desempeño académico y disciplinario. Luego de un año, María del Pilar retornó a Bogotá para vivir con Leonor Caldas, su madrina de bautismo, todo lo anterior con el consentimiento de su madre. Poco tiempo después, la niña fue trasladada al hogar de “la señora Luz Helena”, una amiga de su madrina, quien le brindó apoyo y las facilidades para retornar al estudio.

Tras seis meses de permanecer donde “la señora Luz Helena”, María del Pilar volvió donde su madrina quien, no pudiendo hacerse cargo de la niña, y ante la insistencia de ésta de no querer volver a ser víctima de los maltratos de su madre, acudió, en búsqueda de colaboración, al Centro de Emergencia Villa Javier. De allí, María del Pilar fue remitida, el 29

de diciembre de 1992, bajo medida de protección especial, a la “Ciudadela de la Niña”.

10. Una vez establecida en el centro de protección antes mencionado, María del Pilar y su caso fueron sometidos a una serie de procesos valorativos, que condujeron a que la niña fuera declarada en situación de abandono mediante Resolución N° 071 de diciembre 7 de 1993, proferida por la Defensoría de Familia del Equipo de Instituciones N° 2 del Centro de Protección Especial y Justicia para el Menor y la Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Santa Fe de Bogotá.

11. Retomando la historia de María del Pilar Martínez luego de la declaratoria de abandono, es preciso anotar que, el 24 de octubre de 1994, la Defensora de Familia encargada del caso informó a las directivas de la “Ciudadela de la Niña” que existía la posibilidad de que la niña pudiera ser adoptada por la señora Clemencia Cabral, una pensionada de 53 años que deseaba “una niña que no tuviera antecedentes de abuso sexual o de trastorno mental, de buenas costumbres, juiciosa, inteligente y que le agradara el estudio” (fol. 143). Al día siguiente, María del Pilar se entrevistó con su futura madre adoptante. El 31 de octubre, tras sólo tres días de preparación, en los cuales la niña fue informada rápidamente acerca del significado de la adopción, sus derechos y deberes como hija y aspectos relacionados con la sexualidad y el abuso sexual, María del Pilar abandonó la “Ciudadela de la Niña” para ir a instalarse en casa de doña Clemencia Cabral.

No obstante, como lo manifiesta en su escrito la Defensoría del Pueblo, “el 20 de diciembre de 1994, María regresó a la Ciudadela remitida por la defensora Victoria Forero, quien afirmó que la sra. Clemencia había desistido de la adopción. Situación que no le fue comentada a María antes de su reingreso a la Ciudadela y que fue aclarada y comentada a la niña hasta el 26 de diciembre, a través del equipo de la Institución y solamente hasta que la defensora aclaró los motivos y se conocieron por ella los argumentos dados por la sra. Clemencia para tomar la decisión de devolver a la niña”.

En particular, la señora Cabral Montoya consideró que María podía constituir una mala influencia para otros menores de su familia al comentar eventos de su historia personal. A este respecto, en la declaración mediante la cual desiste del proceso de adopción, la señora Cabral señala:

PREGUNTANDO: usted decía que no tenía tiempo para la niña por su edad por qué no penso

en este factor desde el momento en que tramitaba la adopción RESPONDIO: ustedes me dieron la niña sin conocerla interiormente y que vida había llevado la niña, el informe decía que estaba bien de salud y que la Madre era trabajadora sexual. PREGUNTANDO: usted al saber que la niña procedía de una Madre trabajadora sexual no penso que podía tener problemas de adaptación RESPONDIO: como se iban a imaginar las monjitas del colegio donde la iba a matricular que ella sabía todos esos aspectos mencionados en mi carta. La niña decía cuando pasaba por determinados sitios que esos eran putiaderos (...). PREGUNTADO: todo niño tiene sus fantasías y sus fantasías sexuales esta usted consciente de lo anterior RESPONDIO: si yo se que la niña tiene sus fantasías y que la niña no tiene la culpa de ese comportamiento lo que yo no entiendo es porque las mandan solas a la escuela la culpa la tiene la vida la suerte.

Sobre el anterior proceso, la menor María del Pilar, señala: "... cuando yo volví a la Institución no sabía bien lo que había pasado con la sra. Clemencia... yo quería ser adoptada... pero después de esto yo ya no quería volver a ser adoptada porque creía que ya no me lo merecía...".

Posteriormente, según lo afirman las autoridades que intervienen en el presente proceso, María del Pilar comenzó un proceso de readaptación al contexto institucional y requirió de continua orientación y apoyo por parte del equipo interdisciplinario del hogar en el cual reside.

A juicio de la Defensoría del Pueblo, "(e)sta cadena de apegos y desapegos, rechazos, maltratos y abandonos hacen de María del Pilar una niña reservada, que se protege, con temor de entablar relaciones. Pese a lo anterior, no se ha negado la posibilidad de tener una familia, idea que acarició nuevamente en octubre de 1996 cuando fue incluida en el Programa de Padrinos de Bélgica y comenzó a recibir correspondencia de los señores Ribant y su hija Audrey, con quienes tiene en la actualidad un estrecho vínculo afectivo (Ver anexo No. 1)."

12. La Defensora de Familia no informó a la División de Adopciones del ICBF que la niña no había sido finalmente adoptada por Clemencia Cabral². Por este motivo, entre diciembre de 1994 y junio de 1997, el nombre de María del Pilar no figuró en los listados de niños que pueden ser adoptados y que obran en poder del instituto antes anotado. A este respecto, la

madre Alba Luz Urrego, directora de la “Ciudadela de la Niña”, se refirió, en declaración rendida ante la Defensoría del Pueblo, en los siguientes términos:

“Nuevamente me presenté, (...), donde me atendieron amablemente dos doctoras miembros del Comité de Adopciones y aunque en ese momento no tenían mi solicitud escrita me preguntaron el nombre de la niña y fuimos a la oficina donde se encontraba el computador, pidiéndole al joven que lo manejaba buscar a la niña que ya previamente suponíamos que estaba en la lista de adopciones. Grande fue mi sorpresa y confusión cuando ellos me dijeron que la niña ya estaba adoptada (...). Cuando empezamos a analizar los datos en el sistema, correspondía a una adopción hecha hacía cuatro años a la señora Clemencia. (...). Ante mi explicación las doctoras me manifestaron que entonces tenía que informar a la Defensora de Familia de la niña que enviara el reporte de que la niña había sido devuelta por la señora Clemencia para poder sacarla del sistema y tramitar la nueva solicitud de adopción. (...) Desafortunadamente, María del Pilar perdió cuatro años de haber sido adoptada, cuando tenía menos años de edad, donde es más fácil y posible una adopción. Si no tramitamos esta solicitud de adopción de los señores Ribant, hasta hoy María del Pilar sería aparentemente una niña en adopción y para el Bienestar Familiar estaría viviendo con la señora Clemencia”.

13. En octubre de 1996, luego de fracasar la adopción intentada por Clemencia Cabral, María del Pilar fue incluida en el programa de padrinazgo establecido por ciudadanos belgas para apoyar a niños colombianos en situación de abandono. De este modo, la niña estableció un contacto con la familia belga integrada por Jacques y Brigitte Ribant y su hija Audrey de siete años de edad.

Con el tiempo, la relación entre María del Pilar y los Ribant se fue haciendo cada vez más estrecha y cálida. A través de un copioso intercambio de cartas, fotos, dibujos y llamadas telefónicas, la familia belga llegó a conocer bastante bien a la niña: su proveniencia, su pasado, sus aspiraciones, sus tristezas, frustraciones y alegrías³.

14. El 20 de junio de 1997, los esposos Ribant manifestaron a la directora de la “Ciudadela de la Niña” su deseo de adoptar a María del Pilar. En su solicitud, Jacques y Brigitte Ribant indicaron:

“Sabemos lo delicado que resulta designar niños, sin embargo, nos gustaría pedirle que

colme nuestro deseo de poder adoptar a esta niña. Somos conscientes de lo que ello representa. Contamos con sitio suficiente para acogerla, pero sobre todo, tenemos un gran hueco en nuestro corazón abierto para ella y estamos convencidos de que podemos ofrecerle todo lo que una niña de esta edad puede esperar de unos verdaderos padres: educación y sobretodo mucha ternura. ¿No cree usted que esta niña ya ha sufrido bastante durante su tierna infancia como para merecerse el rincón soleado que nosotros podemos ofrecerle?”.

Los esposos Ribant agregaron que su hija Audrey había sido adoptada en Colombia cuando contaba con nueve meses de nacida. Pusieron de presente que el parecer de la menor había sido consultado en cuanto a su posición frente a la adopción de una hermana mayor y que, conforme a ello, podían asegurar que Audrey “la acogería con los brazos abiertos”. Por último, informaron que contaban con los medios económicos suficientes para educar a María del Pilar, motivo por el cual solicitaron a la directora de la “Ciudadela de la Niña” que iniciara los trámites de la adopción a la mayor brevedad posible. Así mismo, indicaron:

“En nuestro país y junto a nosotros, [María del Pilar] podría hacer frente a su futuro con optimismo: estudiar, prepararse para ocupar un papel en la vida social y familiar y tener una vida exenta de problemas pues siempre estaríamos a su lado. Creemos que podemos ofrecerle mucho. Su edad no plantea ningún inconveniente. Sabemos en lo que nos comprometeríamos y somos conscientes de que ya no es una bebé. Sabremos asumir nuestra responsabilidad con alegría”.

La madre Alba Luz Urrego remitió la solicitud de los Ribant a la división de Adopciones del ICBF a fin de que se iniciaran los trámites del proceso de adopción. Sin embargo, mediante oficio 12220 de 1997, el instituto denegó la petición elevada por la familia belga. Para fundamentar su negativa, la entidad señaló:

“Con respecto a María del Pilar, considerando de una parte su edad: 15 años 4 meses y la gran diferencia de años en relación con su hija Audrey; y de otra parte y lo más importante para nosotros, el respetar la primogenitura de los hijos, puesto que ya han establecido un espacio de relación dentro del grupo familiar, que de alterarlo, podría generar crisis, ambivalencias y sentimientos encontrados, dificultando el proceso de integración de un nuevo miembro y la dinámica propia del grupo familiar en general. Por ello los criterios establecidos dentro de la norma técnica apuntan a favorecer y a proteger los vínculos

naturales dentro del grupo familiar”.

Ante la negativa del ICBF, los esposos Ribant decidieron someterse al experticio profesional de la psicóloga Nathalie Jodogne, del Departamento de Neuropsiquiatría y Patologías Especiales – Sector de Psiquiatría – de las Clínicas Universitarias San Lucas de la Universidad Católica de Lovaina, quien elaboró un informe psicológico, fechado el 19 de diciembre de 1997, acerca del proyecto de adopción de la menor María del Pilar Martínez por parte de Jacques y Brigitte Ribant.

La profesional fundamentó su concepto en las reuniones que sostuvo con todos los miembros de la familia Ribant (12 y 28 de noviembre de 1997) así como en aquellas entrevistas que, a solas, había llevado a cabo con la pequeña Audrey (3, 9 y 10 de diciembre de 1997). En general, la señora Jodogne indicó que las relaciones familiares entre los Ribant eran muy buenas y se basaban en el diálogo, motivo por el cual era previsible que los problemas que pudieran surgir con motivo de la adopción de María del Pilar serían resueltos por la vía antes señalada. Así mismo, la psicóloga manifestó que Audrey había sido puesta al corriente del proyecto de adopción y ésta “se ha mostrado feliz frente a la idea de tener una hermana”.

“El proyecto de adopción es muy deseado y sostenido por el señor y la señora Ribant y por Audrey en forma personal. El proyecto ha sido muy idealizado, lo cual puede sostener la voluntad de lograrlo pero podría enmascarar también las dificultades de lo que esto representa en la realidad: la particularidad de la adopción de una adolescente que tomará el lugar de la primogénita, ha sido reemplazada por la convicción de los padres de que esto no implicará ningún problema.

Y, finalmente, indicó :

“Somos favorables a este proyecto para Audrey”.

Pese a que el experticio psicológico antes reseñado fue dirigido a “Madame Dussán, Instituto de Bienestar Familiar, Bogotá, Colombia”, el ICBF no lo tuvo en cuenta ni modificó sus decisiones negativas con respecto a la solicitud de adopción elevada por la familia Ribant. Según el ICBF, la defensa de la primogenitura es una regla que no admite excepción alguna y, en tales condiciones, resulta improcedente siquiera el estudio del peritazgo psicológico practicado por la psicóloga Nathalie Jodogne, del Departamento de Neuropsiquiatría y

Patologías Especiales – Sector de Psiquiatría – de las Clínicas Universitarias San Lucas de la Universidad Católica de Lovaina.

Posteriormente, María del Pilar interpuso la acción de tutela cuyos antecedentes, así como las decisiones de instancia que se produjeron dentro de la misma, quedaron resumidos en aparte anterior de esta providencia (v. supra).

15. Por último, encuentra la Sala relevante establecer las condiciones actuales de la menor María del Pilar Martínez.

Sobre el comportamiento de la actora, tanto en el informe psicológico elaborado en la institución donde reside el 6 de marzo de 1998, como en la constancia expedida el 9 de marzo del presente año por el Rector del Colegio Departamental “Barrio Cartagena” y en la certificación firmada por la directora de la Ciudadela de la Niña, donde vive desde el 29 de diciembre de 1992, se manifiesta, de manera categórica, que María del Pilar observa excelente conducta y que es una alumna ejemplar. En efecto, por estas razones fue merecedora de reconocimientos especiales e incluso de una beca de estudios para el año de 1998.

A este respecto, resulta pertinente transcribir un aparte de la declaración de la madre Alba Luz Urrego – directora de la “Ciudadela de la Niña” – rendida ante la Defensoría del Pueblo:

“Defensoría del Pueblo : Qué relaciones de afecto tiene la niña. CONTESTO. Ultimamente la niña tiene una relación especial con una trabajadora social de la Institución que no lleva su caso, y a quien desea por medio de solicitud que me ha hecho recientemente, que sea su madrina de confirmación. Además, de que ella ha solicitado a la Defensora y le han autorizado salir cada 15 días los fines de semana a la casa de la trabajadora social, quien se llama María del Pilar Fernández. Además, percibo que ella tiene mucho aprecio y mucho cariño por los profesores del Colegio de Facatativá donde ella estudia. Tenía también un afecto por una señora o madrina quien creo que fue quien la tuvo algún tiempo en su casa, cuando era pequeña y quien al no poder hacerse cargo de ella la entregó al Bienestar Familiar, pero desafortunadamente son muy esporádicas las visitas que la señora le hace, aunque en los momentos de encuentro son muy emotivos. Además de esto, la relación de afecto que para ella es supremamente importante es desde luego la de los padrinos de Bélgica, Los señores Ribant, pienso que una de las razones es porque ha sido una relación

constante y muy personal, sentimiento este que se nota en las niñas de la Institución que tienen sus padrinos de Bélgica o de Italia”.

La madre Alba Luz Urrego, directora de la “Ciudadela de la Niña”, concluyó su intervención con las siguientes palabras:

“Tanto personalmente como directora de la Institución y en nombre del equipo técnico quienes conocemos quién es María del Pilar, esperamos que la adopción de María del Pilar sea posible, ya que ella además de merecerlo por lo que es, tiene derecho disfrutar del ambiente de una familia que le va a brindar lo que la Ciudadela de la Niña a pesar de todos los esfuerzos que hacemos por brindarles estamos seguros que no le podremos dar a ella. Es imposible que se pueda comparar una formación en un ambiente pleno de afecto y bienestar, en un hogar con cuatro o cinco personas, a una institución que cuenta con 130 niñas de 7 a 18 años, con hogares conformados por 33 niñas, en los cuales no podemos darles como lo hace una familia espacios de recreación fuera de la institución los fines de semana, y donde por la masificación a veces se nos olvida el nombre de las niñas. A veces tampoco recordamos sus cualidades, y muchas veces todo lo que les ofrecemos es pensando en un grupo no en los deseos de una niña individualmente. Es triste que después de tener la oportunidad de encontrar padres que quieran adoptar una niña de 16 años, situación que considero excepcional, tenga que estar María del Pilar condenada a vivir en la institución hasta los 18 años y nos preguntamos como en otras ocasiones: ¿Después de ese día qué va a pasar con ella?”.

16. Los esposos Jacques y Brigitte Ribant, por medio de comunicación escrita fechada el 30 de abril de 1998, se dirigieron a esta Corporación con el fin de solicitarle que “nos permita la dicha de poder adoptar a María del Pilar Martínez”. A este respecto, reiteraron categóricamente su intención de adoptar a la actora.

Señalaron que “tenemos todo que ofrecer a esta niña y estamos persuadidos que podríamos hacerla feliz lo que, a su turno, nos haría felices a nosotros. Tenemos todo desde el punto de vista material para recibirla. Pensamos asegurar su futuro sin problema. Ella podría escoger, y nosotros la aconsejaríamos en esta escogencia, estudios superiores sobretodo desde que sabemos que la niña es muy buena estudiante. Tenemos gran cantidad de cosas para enseñarle y hacerle conocer. Pero sobre todo pensamos darle mucho amor y estamos

persuadidos que ella nos dará el suyo a cambio. María del Pilar tiene mucho amor para dar, de lo cual nos dimos cuenta en seguida a través de su correspondencia. (...). En relación con su edad, ésta no causará problemas distintos a los que tendremos con nuestra hija Audrey cuando ésta llegue a la edad de María del Pilar. Sabemos que tendremos una niña que ya tiene un pasado; le haríamos olvidar los malos días pero respetaríamos su pasado y guardaríamos con respeto sus orígenes y su cultura. Lo mismo ocurrió con Audrey a quien contamos, a grandes rasgos, su llegada a nuestro hogar y a quien hemos enseñado a amar a su país de origen, el que nosotros mismos admiramos mucho. Audrey ha seguido desde el principio toda la correspondencia; todas las dichas y todas las decepciones que hemos tenido. Todos los días, sin exagerar, Audrey nos habla de María del Pilar y hace gran cantidad de proyectos con quien ella llama, en forma prematura, su hermana mayor”.

La defensa de la primogenitura como argumento del ICBF para negar la solicitud de adopción

17. La única razón que sustenta la decisión del ICBF a través de la cual se niega la solicitud de adopción de la menor María del Pilar Martínez, es la defensa de la primogenitura de Audrey Ribant, la hija de ocho años de la familia Ribant. En efecto, en los documentos remitidos a esta Corporación, el Instituto reconoció que, de no ser por tal argumento, no existiría inconveniente alguno en tramitar la solicitud de adopción formulada por la familia Ribant. Sobre este último punto, en el documento enviado a esta Corporación por el ICBF se lee:

“La no viabilidad de esta adopción, de ninguna manera implica que la pareja conformada por los señores Ribant no sea idónea y no dudamos que reúna las condiciones éticas, emocionales, morales, psico-sociales y demás requisitos legales previstos por la ley para garantizar el adecuado desarrollo integral de un niño o una niña, máxime cuando ya fueron aprobados por el ICBF, para una primera adopción, la de Audrey.

La idoneidad para esta primera adopción se basó en el análisis de la totalidad de los documentos por ellos aportados en esa oportunidad, los cuales constituyen actualmente parte de la reserva del sumario, por cuanto reposan en el expediente del juzgado que decretó la adopción. En el evento de que la familia deseara adoptar un segundo niño menor que Audrey, no dudaremos en aceptar su solicitud, en razón a que estaríamos respetando la

natural y lógica creación y desarrollo de una relación fraterna”.

Tanto la actora como la familia Ribant sostienen que las razones aportadas por el ICBF para negar la adopción son arbitrarias y, en consecuencia, violan el derecho fundamental de la menor a tener una familia.

Dado lo anterior, la Sala Tercera de Revisión ordenó a la División de Adopciones del ICBF que explicara el origen, sustento y aplicación de la primogenitura como criterio determinante en los procesos de adopción de niños colombianos. Adicionalmente, le solicitó que aclarara algunos aspectos de los conceptos enviados al proceso en defensa de su posición. Como se trata de un asunto central para definir la cuestión constitucional planteada, la Sala procederá a transcribir las preguntas más relevantes y los aspectos más importantes de las respuestas aportadas por el Instituto demandado sobre los asuntos antes mencionados.

En el oficio por medio del cual la División de Adopciones del ICBF informa a los señores Jacques y Brigitte Ribant la imposibilidad de adelantar un proceso de adopción con respecto a la menor María del Pilar Martínez, ese despacho afirmó:

“Con respecto a María del Pilar, considerando de una parte su edad: 15 años 4 meses y la gran diferencia de años en relación con su hija Audrey; y de otra parte y lo más importante para nosotros, el respetar la primogenitura de los hijos, puesto que ya han establecido un espacio de relación dentro del grupo familiar, que de alterarlo, podría generar crisis, ambivalencias y sentimientos encontrados, dificultando el proceso de integración de un nuevo miembro y la dinámica propia del grupo familiar en general. Por ello los criterios establecidos dentro de la norma técnica apuntan a favorecer y a proteger los vínculos naturales dentro del grupo familiar” (bastardilla de la Sala).

En primer lugar, la Corte preguntó al ICBF ¿Cuál es la norma técnica a la que ese despacho se refiere en el aparte antes transcrito? Adicionalmente, se solicitó el envío de la mencionada norma.

En su respuesta, el Instituto afirmó que las normas técnico-administrativas aplicables al proceso de adopciones, fueron fijadas por medio de la Resolución N° 000139 de enero 30 de 1981. No obstante, la aludida resolución no hace alusión explícita o implícita al criterio de la primogenitura.

Sin embargo, el Instituto puntualizó que las normas técnico-administrativas han sido adecuadas a las nuevas situaciones que ha implicado la aplicación del Código del Menor y a “la valiosa experiencia de quienes han colaborado con esta delicada e importante misión: brindar familia a los niños que carecen de ella”. En este sentido, afirmó que el ICBF ha ido unificando criterios y procedimientos de manera tal que se defina una “guía, derrotero y lineamiento” que oriente el comportamiento de quienes intervienen en los procesos de adopción de menores colombianos. A este respecto y, particularmente, en relación con las facultades del equipo de adopciones del ICBF puntualizó:

“[E]l equipo de adopciones tiene como responsabilidad además de analizar las solicitudes, orientar el programa, unificar criterios y procedimientos que permitan el manejo justo y equitativo del mismo y que sirvan de guía, derrotero y lineamiento que oriente el criterio de los profesionales y de los equipos técnicos regionales y de agencias del ICBF, encargados de estudiar tanto las familias solicitantes, como los niños sujetos de adopción, a fin de acertar en la asignación de los niños. Estos criterios que se tienen en cuenta para la selección de padres adoptantes no se analizan aisladamente, sino en conjunto, visualizando a futuro el desarrollo integral del niño en su nuevo entorno familiar”.

En suma, la defensa de la primogenitura surge de parámetros que han sido definidos en reuniones internas de los funcionarios del ICBF, pero los mismos no han sido recogidos de manera expresa en ninguna norma o documento.

En segundo término, la Corporación le solicitó a la entidad demandada que informara cuál es el sustento teórico y científico sobre el que se basa la protección de la primogenitura en los procesos de adopción de menores.

La relevancia del criterio de la primogenitura dentro de los procesos de adopciones fue explicada por la entidad demandada en los siguientes términos:

“Siendo la familia la célula básica de la sociedad, ha sido estudiada por muchos autores y desde diferentes puntos de vista, (...); siendo la teoría sistémica una de las más acertadas que permiten estudiar y analizar a la familia no sólo desde su estructura lineal sino desde la dinámica circular que genera una red de relaciones y por ende de vinculaciones y dentro de la cual también estamos visualizando y significando a las familias adoptantes.

(...)

De una manera rápida señalaremos que la familia concebida como un sistema está a su vez constituida por tres subsistemas: conyugal, parental y fraternal, que se van formando en la medida en que nuevos miembros van ingresando a un subsistema ya establecido y se supone que los vínculos que crea se darán a partir de la historia, del contexto y de la dinámica. (...). Dicha historia se construye en un contexto que señala unas tradiciones y patrones de comportamiento que se van asimilando y pretende que a través de la relación social la familia logre generar una dinámica propia en la que la vinculación paulatina de sus miembros vaya cambiando las dinámicas impuestas por un entorno para ir consensuando las relaciones con el hijo que llega a crear el sistema parental y éste con la llegada de otro u otros hermanos, haga parte del subsistema fraterno.

(...)

Las relaciones e interacción entre los hermanos son aspectos cardinales de la vida familiar. (...). [S]on unas relaciones inclusivas, directas, íntimas, francas y espontáneas y sobretodo entre iguales, aunque las personalidades sean muy diferentes y sus roles diversos. Entre los hermanos suele darse una fuerza de dos vectores: la solidaridad y la rivalidad. (...).

Específicamente, la primogenitura está enmarcada en el rango y es definida como el hecho de ser hijo único por algún tiempo y vivir por se experiencias únicas. Ser hijo único por un tiempo y pasar a ser 'príncipe destronado' con la llegada del segundo hermano que le obliga a un esfuerzo de adaptación y a adoptar actitudes de regresión o de protección hacia sus hermanos y que a la vez favorece su propia fase de maduración y desarrollo y lo capacita para ver la vida con objetividad y comprensión, siendo ésta la mayor ventaja de la primogenitura; adicionalmente los padres y hermanos esperan de él un comportamiento modelo".

En torno a la aplicación del principio de la primogenitura al caso de María del Pilar Martínez, el ICBF señaló:

"En el caso que nos ocupa Audrey ha sido la primera y única hija que ha establecido relación

con el subsistema conyugal básico de la pareja Ribant. En este sentido el concepto de primogenitura no sólo tiene relación con la edad, sino que se carga de gran significación cuando señala procesos de valores y de formación dentro de una posición y lugar dentro de la estructura familiar. Entonces el concepto de primogénito se enmarca como el del hijo mayor en el sentido que en su relación con los otros hermanos podrá primero imponer y luego consensuar mayores significados de vida familiar. Audrey, como primera hija, mayor y única ha organizado lo que se llama en la teoría sistemática y comunicacional un mapa mental que señala trayectos y recorridos relacionales con su contexto familiar, insertos dentro de una cultura europea, que se vería seriamente afectada al recibir externamente otra persona que no ha llegado por un proceso lógico de vinculación, como lo tendría con un segundo hermano menor, generando problemas de orden afectivo y cognitivo en la niña y por ende en los padres adoptantes.

Dentro de este mismo marco conceptual María del Pilar vendría a imponer un vínculo fraternal externo que, como lo hemos señalado, no sólo quitaría a Audrey su calidad de hermana mayor, sino que pasaría a ser la segunda hija. Si al anterior elemento agregamos que quien llega será una niña en una etapa de desarrollo diferente, que ha sufrido repetidas fracturas a nivel familiar y afectivo, que proviene de un sistema cultural que la ha asimilado durante 16 años de vida permitiéndole adquirir valores propios de nuestra cultura y además que ha sido permeada por una dinámica institucional, rompería la lógica biológica y social de vinculación que afectaría la creación del subsistema fraterno sano.

(...)

En este orden de ideas, la primogenitura no se convierte en un concepto netamente biológico o de desarrollo, sino que señala y define perspectivas de acción a nivel psicológico, de configuración, de valor y conciencia. Audrey, con sus 8 años de edad se encuentra en una etapa de perspectiva diferenciada subjetiva, en la que ella se siente el centro de la vida familiar y que hasta ahora ha comenzado a percibir la perspectiva de una segunda persona en su relacionamiento. Por el contrario, María del Pilar se encuentra ya en una tercera etapa que percibe realidades sociales y ha definido su conciencia moral frente a su realidad personal de abandono”.

La Sala Tercera preguntó al ICBF si la protección de la primogenitura en los procesos de

adopción constituye una regla que se aplica sin excepciones o sin hacer un estudio previo de la familia de que se trate.

En respuesta a esta cuestión la entidad informó que “la protección de la primogenitura en los procesos de adopción ha sido un principio general en la división de adopciones”. Dicho principio se aplica sin excepción alguna y sin atender a las condiciones concretas o especiales de la familia adoptante o del menor adoptable.

Por las razones anteriores a las preguntas de la Corte sobre (1) el número de oportunidades en que se han entrevistado los esposos Ribant o su hija Audrey con los funcionarios del ICBF; (2) la existencia de algún estudio de la familia Ribant realizado por parte del ICBF que permita concluir que esa familia no es la adecuada para María del Pilar Martínez; o, (3) la realización, por parte del ICBF de alguna evaluación psicológica de la menor Audrey Ribant, el mencionado instituto contestó que nunca se llevaron a cabo tales entrevistas, que no existe el estudio de que trata el punto 2 anterior y que nunca se realizó un análisis psicológico de la menor Audrey Ribant.

Igualmente, la Corte preguntó si para negar a la familia Ribant la adopción de la menor María del Pilar Martínez fue tenido en cuenta por el ICBF el concepto fechado el 19 de diciembre de 1997, elaborado por la psicóloga Nathalie Jodogne del Departamento de Neuropsiquiatría y Patologías Especiales – Sector de Psiquiatría – de las Clínicas Universitarias San Lucas de la Universidad Católica de Lovaina.

En respuesta a la cuestión anterior, el ICBF contestó “el concepto de la profesional Nathalie Jodogne, de nacionalidad belga, al que usted hace referencia, no es conocido por esta División, ya que los estudios psicosociales hacen parte de la documentación que se solicita a la familia al hacerse viable su proceso de adopción en Colombia”. Se entiende que, como en el presente caso no era viable el proceso de adopción, resultaba impertinente el estudio mencionado.

En suma, la solicitud de adopción formulada por la familia Ribant fue negada sin haber realizado un estudio previo con los miembros de la mencionada familia o con la menor cuya adopción se solicitaba. Tampoco se tuvo en cuenta el concepto de la profesional Belga al que se ha hecho referencia. En efecto, para el Instituto, la condición particular de las personas involucradas en un proceso de adopción es irrelevante a la hora de defender la

primogenitura. Esta regla no tiene excepciones.

Por último, la Corte preguntó ¿Cuáles son las perspectivas y posibilidades de María del Pilar Martínez de ser adoptada y de encontrar un hogar antes de cumplir la mayoría de edad? ¿Qué ocurriría una vez haya alcanzado la mayoría de edad?

La autoridad demandada precisó que, en la actualidad, no cursa ninguna solicitud de adopción de niños colombianos ubicados en el rango de edad de María del Pilar Martínez. Se aclara, de otra parte, que el apoyo y protección brindado por el ICBF a la menor se extiende hasta el momento en que esta cumpla la mayoría de edad.

Para concluir, la autoridad demandada subrayó:

“Entendemos que la situación de María del Pilar ha provocado sentimientos de preocupación y angustia al ICBF no haber posibilitado su adopción por la familia Ribant. La cercanía al cumplimiento de su mayoría de edad sin haber encontrado otro grupo familiar estable que la acoja en adopción, no puede ser el único argumento que resuelva estos sentimientos y su situación actual, ya que se estaría desconociendo el derecho que le asiste a Audrey de continuar disfrutando de la lógica biológica, psicológica y emocional que le ha proporcionado su familia”.

Concepto del Defensor del Pueblo y de la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia sobre la decisión adoptada por el ICBF

18. El Defensor del Pueblo y la Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, emitieron sendos conceptos en los cuales se pronunciaron, de manera rotunda, en contra de las razones esgrimidas por el ICBF para negar la solicitud de adopción de María del Pilar Martínez y a favor de las pretensiones formuladas por esta a través de la acción de tutela de la referencia.

A juicio de las autoridades mencionadas, en el presente caso, la División de Adopciones del ICBF vulneró los derechos fundamentales de la actora, consagrados en los artículos 29 y 44 de la Constitución Política.

19. En primer lugar, la Defensoría y la Procuraduría coinciden en señalar que la historia de María del Pilar Martínez ha estado marcada por la improvisación y los errores de las

autoridades que, en principio, debían haber asumido la defensa de sus intereses y su bienestar. Así, indican cómo la entrega en adopción de María del Pilar a la señora Clemencia Cabral (v. supra), se produjo en unas condiciones tales de desinformación, improvisación y falta de preparación que, desde sus inicios, vaticinaban el fracaso del mencionado proceso.

En este sentido, la Procuraduría apuntó:

“[S]obre este aspecto esta Delegada (...) ha conocido de varios casos en los cuales los menores son devueltos por sus pretensos padres adoptantes, aspecto que nos ha generado mucha preocupación puesto que ello ha evidenciado que no existe la suficiente preparación previa para los adoptantes ni para los menores. A los primeros no se les concientiza que el niño(a) que reciben tiene un pasado rodeado de situaciones que en muchos de los casos por no decir la totalidad, son traumáticos y en tal sentido deben esperar un niño(a) con dificultades al cual deben ofrecer apoyo irrestricto y tener la certeza que no adoptan un ser perfecto”.

En su concepto, el Defensor del Pueblo señala cómo la incuria y falta de interés de las autoridades encargadas de ofrecer protección a María del Pilar llegaron a un límite inaceptable cuando, entre diciembre de 1994 y diciembre de 1997, el nombre de la niña no apareció en los listados de menores susceptibles de ser adoptados, lo anterior debido a que la defensora de familia responsable del caso nunca informó al ICBF que María del Pilar había sido devuelta por la señora Clemencia Cabral.

20. Los representantes de las autoridades mencionadas consideran, al unísono, que los criterios esgrimidos por el ICBF para negar la adopción de María del Pilar Martínez por parte de los esposos Ribant son inaceptables. A este respecto, la Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y la Familia consideró:

“Para resolver la solicitud de los esposos Ribant, informa el ICBF que el equipo técnico de adopciones, tuvo en cuenta comportamientos generales e indeterminados de solicitudes de familias que piden un segundo hijo menor que el primero. Esa generalidad la miraron para decidir sin tener en cuenta el caso concreto, los deseos específicos de este núcleo familiar, incluida la menor Audrey, ni sus sentimientos y expectativas. Basándose en hechos tal vez ocurridos a otras personas que tampoco se determinan, no se detuvieron analizar la situación planteada en específico, ni previamente requirieron el estudio o análisis que sirviera de

sustento real y cierto para responder negativamente. Ni siquiera contaron los antecedentes de la familia que ya había sido considerada en una oportunidad para darle en adopción a la niña Audrey”.

Por su parte, el Defensor del Pueblo observó:

“[E]l ICBF con el argumento de cumplir normas técnicas de 1981, se salta los derechos de la niña, la legislación vigente y los cambios sociales que tiene la concepción actual y la estructura real de la familia. La Defensoría del Pueblo encuentra una ambivalencia en el concepto del ICBF por procurar que la familia adoptiva sea de naturaleza parecida a la familia biológica, por qué entonces se niega la solicitud de adopción de una familia constituida por padre, madre e hija y se concede en una primera oportunidad a una persona sola, sin valorar las circunstancias particulares? (...) Ahora bien, si nos apoyamos en el concepto del ICBF, a cuenta de qué seguiríamos validando los derechos de la primogenitura, ‘nunca un segundo hijo biológico será mayor al que ya se tiene’, si en las sociedades modernas hay igualdad de derechos para todos los hijos sin importar el lugar que ocupen por fecha de nacimiento. El hecho de que exista un vínculo anterior entre padres e hijos siempre será transformado por la llegada de otro hermano, independientemente de que éste sea menor o mayor, en nuestra sociedad son frecuentes los casos de hijos adolescentes que llegan a vivir con la nueva familia de su padre o de su madre y el sistema como es natural sufre crisis, se adapta, se cuestiona, pero no es razón para decir que el niño o niña que llega será de mala influencia para ese hogar o que desplazará al hermano menor, sólo por tener algunos años más. Las relaciones, el reconocimiento de la autoridad, la responsabilidad, se darán en el continuo vivir y cada uno definirá el rol y el lugar que tendrá en ese grupo humano”.

En torno al criterio de la primogenitura como elemento decisorio en los procesos de adopción y la teoría sistémica de la familia en la que, según el ICBF, éste se inscribe, la Procuraduría manifestó:

“[E]stamos de acuerdo en que el concepto de primogenitura, que en antaño jugó un papel importante para la transmisión del apellido o patrimonio, hoy en día perdió toda vigencia, y prueba de ello, es que no existe ninguna normatividad que se refiera a esta figura, ni que los señale como requisito o condición para tramitar solicitud alguna o dar a un menor en adopción. Si revisamos el Decreto 2737 de 1989, – arts. 88 a 128 – que se ocupa de trámite y

procedimiento para la adopción, en parte alguna encontramos referencia a la primogenitura.”

“Lo que caracteriza a la familia actual son otros elementos, éstos sí importantes, tales como el amor, el respeto, la tolerancia, la comprensión, la unión, la solidaridad, el desarrollo, la estabilidad y mejoramiento de todos y cada uno de sus miembros (...), la formación y fortalecimiento de valores. Para el caso concreto y para cada situación en la que se encuentren involucrados seres humanos, no podemos rotularlos y mucho menos enmarcarlos dentro de una u otra teoría, pues en primera instancia cuentan los sentimientos, los deseos las proyecciones las expectativas y la cultura”.

A juicio de la Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y la Familia, la aplicación del criterio de la primogenitura en el sentido señalado por el ICBF determinaría que habrían de ser consideradas como disfuncionales aquellas familias que se forman por la unión de personas que ya tienen hijos de diferentes edades. En este orden de ideas, habría que negar a las personas divorciadas y con hijos el derecho a rehacer sus vidas. Así mismo, la funcionaria estimó que las aseveraciones de la autoridad demandada en torno a los problemas de orden cognitivo y afectivo que la adopción de María del Pilar causaría a la familia Ribant carecen de sustento, toda vez que ni ésta ni aquélla han sido sometidos a estudio o evaluación alguno. Sobre esta cuestión puntualizó:

“Dice ICBF, que la llegada de María del Pilar al hogar de la familia Ribant generaría problemas de orden cognitivo y afectivo en Audrey y como consecuencia, a los padres adoptantes. La anterior afirmación es hecha sin ningún sustento, asidero, estudio o evaluación a la familia, tal como lo acepta el ICBF, cuando contesta que la familia, ni la menor fueron abordados por el Instituto; entonces no se entiende cómo sin base alguna se puede conceptuar y aseverar que puede generar uno u otro perjuicio, cuando no se ha intervenido al núcleo familiar Ribant y tampoco se ha tenido contacto directo con la niña María del Pilar”

“[L]as afirmaciones efectuadas por la mencionada entidad se basan en meras suposiciones que en manera alguna deben contar cuando se está decidiendo la vida de un ser humano, ello sería totalmente arbitrario”⁴.

“[D]esde el punto de vista psicológico Audrey seguirá siendo la primogénita, no perderá la primogenitura. Ella llegó primero al hogar, ha gozado de la exclusividad afectiva de sus

padres. La idea de primogenitura se refiere al orden de nacimiento, quién nace primero, quién antecede a los otros. Quién ha gozado durante un tiempo de la exclusividad relacional con los padres. (...). Miremos la siguiente afirmación para entender que la idea de la primogenitura está basada no sólo en el orden de nacimiento sino en cuanto se ha gozado durante un tiempo de una relación exclusiva con los padres, ‘... así, pues, la situación de primogénito no es exclusiva del primer hijo, sino que puede ser relativamente reproducible en un hermano mediano, por ejemplo, que aparezca muy espaciado del anterior y, a posteriori, sea destronado’ (Enrique Arranz Freijo, *Psicología de las Relaciones Fraternas*, Herder, Barcelona, 1989). Entonces, cómo puede perder la primogenitura Audrey? A no ser que el ICBF se esté refiriendo a primogenitura como línea de transmisión de linaje, de un título de nobleza. (...) Otra preocupación que asiste al ICBF es el posible desplazamiento que causaría María del Pilar, el destronamiento en este caso ocurre con un tiempo considerable, Audrey tiene 9 años, es una diferencia suficiente, ‘en general el esparcimiento largo es el que aparece como más favorable’ afirma Arranz Freijo, al revisar diversos estudios sobre destronamiento en relación con la edad del primogénito y la llegada del nuevo hermano. Cita el autor a Adler (1933) cuando señala: ‘por otra parte, el destronamiento pedagógicamente mal tratado o mal enfocado, suele producir con bastante frecuencia motivos de consulta al médico o al psicólogo’. Nótese que en ambos apartes se está diciendo que el destronamiento, es decir, dejar de ser hijo único sujeto de atención básica de los padres, per se, no genera problemas, es el tratamiento que los padres hagan de la situación y aquí juega papel fundamental la valoración psicológica hecha a la familia Ribant, que considera la situación particular de María del Pilar y hacen un análisis de la disposición de Audrey para recibirla como su nueva hermana. Valoración que paradójicamente no fue tomada en cuenta por el ICBF a la hora de conceptuar. No podría Audrey quien conoce el idioma, un país, unas costumbres, actuar como hermana mayor que ayuda a María del Pilar a introducirse en esa nueva cultura? Es decir ayudar a los padres, así como ayudaría en el caso de un bebé?”.

Finalmente, sobre esta misma cuestión, la Defensora del Pueblo señaló:

“Otro de los argumentos del Instituto para no aceptar la solicitud de adopción se sustenta en la edad de María del Pilar, al respecto, nos permitimos consignar un aparte del informe psicológico realizado por la doctora Diana Marcela López Velosa, psicóloga de la Ciudadela de la Niña, profesional más que autorizada para conceptuar sobre el caso de María del Pilar, si se tiene en cuenta que es quien la ha asistido a lo largo de estos cinco años de

institucionalización.

El argumento dado por la División de Adopciones a los señores Jacques y Brigitte Ribant, para no dar trámite a la solicitud de adopción de María parte de un supuesto psicológico, basado en la teoría general de los sistemas y donde cada uno de sus miembros está relacionado de tal modo con los otros, que un cambio en uno de ellos, provoca un cambio en todos los demás y en el sistema total.

“Considero valioso dicho argumento en el sentido que la llegada de un nuevo miembro a una familia, puede generar crisis o inestabilidad en el sistema. Así mismo eventos como la salida de los hijos del hogar, la muerte o enfermedad grave de algunos de los miembros de la familia, el embarazo de una hija adolescente, un aborto, o un cambio de trabajo o residencia, pueden también dar paso a crisis o inestabilidad y pueden llegar a afectar la dinámica de un grupo familiar.

“Pero si bien es cierto que el argumento parte de un supuesto que como psicóloga comparto, no es menos cierto que se incurre en un error al pretender que las propiedades de la familia, como sistema abierto sean aplicables por criterios de edad. De esta manera, aun cuando María u otra niña tuviese una edad cronológicamente inferior a la de Audrey, su llegada al hogar podría generar crisis y requerir también la familia de apoyo y orientación.

“No es, por tanto, comprensible que la aplicación errónea de un supuesto esté limitando la posibilidad de María de disfrutar de una familia” (Ver anexo N° 4).

A la Defensoría del Pueblo sólo resta sugerir respetuosamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar una revisión profunda sobre su estructura, políticas, planes y programas, consultando en todo caso, la doctrina de la protección integral, base fundamental de nuestra norma Constitucional y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No es admisible que en las actuales circunstancias de cambio legal y sociocultural vivido por las sociedades de fin de milenio, desde el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se escuche, se conceptúe y se norme teniendo en cuenta conceptos como los de: primogenitura, objeto de protección, “menor”, normas técnicas de 1981, etc.”

Según la Defensoría del Pueblo, en el presente caso, el ICBF ha hecho primar conceptos abstractos, decididos internamente por funcionarios de la institución, sobre los lazos

efectivos de afecto y cariño que se han tejido entre María del Pilar y la familia Ribant y sobre el dictamen psicológico emitido por la psicóloga belga Nathalie Jodogne, en el cual se ponen en evidencia las aptitudes de esa familia para recibir a la niña colombiana como hija y hermana.

A este respecto, manifestó:

“[E]sta es una segunda oportunidad y tal vez la última que tenga María del Pilar de pertenecer a una familia que con su llegada indudablemente va a sufrir modificaciones en su estructura y funcionamiento, pero que con el aditamento del lazo afectivo que se ha venido consolidando desde 1996 se va a acomodar y adaptar al cambio para superar la lógica inestabilidad derivada de la incursión de un nuevo miembro de la familia. (...). Si como consecuencia del proceso de adopción María del Pilar llega a vivir a Bélgica, la Defensoría del Pueblo no desconoce que su acoplamiento a esta nueva forma de vida no va a ser fácil, que va a tener dificultades de muchos órdenes, ella lo sabe, se arriesgó, le apostó y por eso estamos en esta instancia, buscando de la H. Corte Constitucional un concepto favorable que de vía libre al inicio del proceso de adopción por la familia Ribant”.

De igual modo, señaló:

“(L)a labor desarrollada en las instituciones de protección, generalmente circunscrita a brindar a las niñas y niños un asistencialismo/proteccionismo, se queda corta, cuando no saben cómo manejar en ellas y ellos los vacíos y contradicciones inherentes a la marginalidad social que sufrirán una vez egresen de ese espacio, marginalidad que en el caso particular de María del Pilar se ahondará por el hecho de ser mujer y por no tener una familia que la respalde”.

21. Por último, resta indicar que tanto para la Procuraduría como para la Defensoría del Pueblo, el ICBF violó el derecho fundamental al debido proceso de la actora al dejar de consultar su opinión al momento de negar la solicitud de adopción elevada por los esposos Jacques y Brigitte Ribant. Según el Defensor del Pueblo:

“[L]as autoridades administrativas y judiciales que decidieron por ella, olvidaron que María del Pilar no es un objeto de protección sino un sujeto de derechos, al desconocerle sus derechos a tener una familia, al cuidado y al amor, a la igualdad de oportunidades y,

además, al haberle negado el derecho elemental de participar en la decisión más importante de su vida. Con este proceder hubo olvido absoluto de la normativa nacional e internacional, especialmente del artículo 12 de la Convención Internacional de Derechos del Niño”.

Por su parte, la Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y la Familia estimó:

“[E]s cierto hasta la fecha, que la menor María del Pilar Martínez, no ha sido conocida, entrevistada ni escuchada por la defensora de familia, ni por los servidores adscritos a la División de Adopciones del ICBF que han tomado decisiones en torno a la posible adopción de la menor por los esposos Ribant (...). Con lo anterior se evidencia el total desconocimiento del derecho de la menor a ser escuchada por las autoridades o servidores de orden administrativo, en aspectos en que se pueda ver afectada directa o indirectamente, como sucede en el asunto en comento, conforme lo ordena el artículo 10 del Código del Menor. No ha sido convenientemente asesorada y debidamente informada sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento”.

La opinión de los expertos sobre la razón aportada por el ICBF para negar la solicitud de adopción⁵

22. Con la finalidad de aclarar aspectos relacionados con el concepto de primogenitura y la incidencia de éste en los procesos de adopción, la Sala de Revisión consultó la opinión de importantes centros e instituciones especializadas en la materia. Antes del vencimiento del término fijado por la Sala, se recibieron los conceptos técnicos elaborados por expertos vinculados al Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, de las facultades de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad de la Sabana, del Departamento de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia, del Centro de Recursos Integrales para la Familia – CERFAMI – y de la Fundación Omega.

De manera unánime, los expertos consultados se pronunciaron en contra de la utilización del criterio de la primogenitura – en el sentido en que lo entiende el ICBF – como razón suficiente para negar la solicitud elevada por la pareja Ribant.

23. La directora del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, doctora María Cristina Villegas de Posada, afirmó que, aunque el efecto del orden de nacimiento de los hijos sobre el desarrollo intelectual de éstos sí ha sido estudiado, “no conozco en la

literatura psicológica mención alguna de la primogenitura, ni de los efectos señalados por el ICBF". A su juicio, los argumentos de la autoridad demandada en torno a la necesidad de mantener la primogenitura y los efectos nocivos que sobre el núcleo familiar implicaría el desconocimiento de la misma carecen de apoyo teórico y científico. En efecto, el ICBF, dice fundar sus conclusiones en su experiencia al respecto, sin embargo, "no reporta el número de casos estudiados, ni las características del estudio, de tal modo que se pueda determinar el grado de credibilidad que tienen las conclusiones extraídas".

De otro lado, la experta señala que, en la teoría psicológica, la noción de primogenitura no ostenta el carácter estático e inmodificable que le adscribe el ICBF. Si así fuera, no serían entonces posibles las adopciones realizadas por parejas que ya han adoptado otros niños con anterioridad. Indicó que si bien la llegada de un nuevo hermano puede causar trastornos al primogénito, ello no constituye una regla general ni, de llegar a producirse, constituiría un daño irreversible. De igual modo, la doctora Villegas de Posada estimó que la propia teoría sistémica de la familia, en la cual la institución demandada funda su noción de primogenitura, admite que el núcleo familiar es dinámico, motivo por el cual está sujeto a cambios, adaptaciones y a la incorporación de nuevos miembros sin que, por tales motivos, se vea afectado en forma negativa. Agregó que el argumento según el cual la llegada de María del Pilar a la familia Ribant atenta contra la "lógica biológica" carece de todo sentido, "pues el sólo hecho de la adopción contradice la 'lógica biológica' y cualquier nuevo hermano en una familia adoptante impone un vínculo fraterno externo".

A este respecto indico que "(m)uchas familias actualmente se recomponen, de tal manera que padres separados se vuelven a unir con otros separados y en algunos casos, ambos tienen hijos que pasan a vivir con la nueva pareja. En muchos de estos casos se puede haber alterado la primogenitura, sin que hasta ahora se haya reportado en la literatura psicológica el efecto dañino de la alteración del orden."

Así mismo, la psicóloga consideró que los criterios manejados por el ICBF ignoran que la capacidad de la familia para adaptarse a los cambios depende, en gran medida, de la salud mental de sus miembros, la cual, en el presente caso, resulta probada con el concepto emitido por la psicóloga belga Nathalie Jodogne. Para concluir, señaló que "llama la atención que por librar a una niña de un daño incierto, en este caso a Audrey, se prive a otra de un beneficio cierto, el de tener una familia, o al menos el de intentarlo".

24. El señor Decano de la Facultad de Psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, remitió a esta Corte el concepto técnico elaborado por la profesora Martha Silvia de Castro Korgi, de la misma Facultad.

En el precitado concepto, la experta afirma que “si bien el ICBF tiene un respaldo conceptual específico en el aporte de la teoría sistémica en el estudio y abordaje de la familia”, su tarea como experta no puede ser la de confrontar una teoría con otras igualmente válidas. Por tal razón, el concepto elaborado se limita a controvertir algunas de las afirmaciones realizadas por el Instituto demandado para negar la solicitud de adopción de María del Pilar Martínez.

Desde esta perspectiva, anotó que, “en tanto principio general, nos parece que la defensa de la primogenitura es sostenible en la medida en que con ella se persigue mantener, hasta donde eso es posible en los casos de adopción, las más parecidas condiciones acerca del orden de nacimiento de los hijos en la familia nuclear”. Sin embargo, indica:

“(L)a misma definición – de primogenitura – sitúa al hijo primogénito, ante la llegada de un hermano, como ‘príncipe destronado’ que en la circunstancia se ve exigido de ‘un esfuerzo de adaptación y a adoptar actitudes de regresión o de protección hacia sus hermanos’; en referencia a estos debemos admitir que el mismo fenómeno ocurre aún tratándose de los hijos no primogénitos, cualquiera sea el lugar que ellos ocupen en la constelación familiar, si bien habría que precisar que las manifestaciones en las que se expresa el fenómeno dependen de la subjetividad de cada cual y en relación con la dinámica familiar propia. Por supuesto, en la situación usual y, en ese sentido el proceso normal, que el [ICBF] describe como proceso lógico de procreación, los hermanos que llegan son siempre menores y, en consecuencia, es el menor quien sufre el desplazamiento de su lugar, siempre y cuando este lugar se circunscriba a su posición de hijo menor. De cualquier manera, todos los hijos de la familia se ven confrontados en su posición con el advenimiento de un hermano y todos se ven afectados: tanto positivamente – pues allí es donde se juega la experiencia del reconocimiento del semejante, punto de partida del sentimiento humano de solidaridad – como negativamente – puesto que la rivalidad con el semejante es correlativa de la expresión humana de la agresividad –”.

Por otra parte, respecto al argumento del ICBF según el cual la adopción de un “hermano mayor” rompe la lógica biológica de la familia, la profesora de Castro Korgi manifestó que la

adopción se inscribe dentro un orden distinto al de la familia biológica que, de hecho, rompe la lógica que se sustenta en la procreación de los hijos. En este sentido, afirmó:

“Según esto, no sería del todo riguroso calificar la posibilidad de adopción de un hijo mayor a los ya habidos como factor de ruptura de la lógica biológica. La familia humana es un hecho social; así, más allá del hecho biológico del nacimiento de un hijo, la paternidad y la maternidad se estiman en torno al hecho de asumirse como padre y madre, y esto juega también en la adopción; para los hermanos, asumir a otro hermano es algo que se halla determinado por el lugar de hijo que le otorguen los padres al nuevo miembro, lugar correlativo al de hermano de sus hermanos; esto vale de la misma manera para la adopción”.

De igual modo, la experta señaló que el valor primordial que el ICBF confiere a la primogenitura resulta relativizado por un fenómeno frecuente en la vida contemporánea, consistente en la conformación de familias por hombres y mujeres con hijos habidos en una relación anterior que son aportados a la nueva unión familiar. Sobre este particular, manifestó:

“Tampoco conocemos que, a partir de consideraciones psicológicas cuya aplicación se pretenda a título de sugerencia general, se haya advertido acerca de la conveniencia de evitar las uniones en las cuales el primogénito de una de las partes rivalice con el primogénito de la otra, con el fin de prevenir los efectos nocivos que esto pudiera acarrear. En el mismo sentido no consideramos que, de manera general, se pueda anticipar acerca de efectos nocivos sobre un hijo menor provocados por la adopción de un hermano que sea mayor que éste, y es aquí donde adquiere todo su valor la consideración del caso particular.

Refiriéndose en concreto al caso que ocupa la atención de la Corte, la experta indica que, en su criterio, todos los elementos de juicio existentes apuntan a cuestionar la decisión del ICBF y, en su lugar, a conceder la solicitud de adopción formulada por la familia Ribant.

En este sentido, afirma que, incluso si se partiera de la existencia de experiencias empíricas en las que se demuestra que la adopción de un hermano mayor puede ocasionar algún daño psicológico al menor, por las circunstancias concretas del presente caso no resulta posible presumir que las mismas han de repetirse en la Familia Ribant. Al respecto señala:

“Se sostiene para este caso, que Audrey se vería seriamente afectada al recibir externamente otra persona que no ha llegado por un proceso lógico de vinculación, entendiendo que lo lógico sería que su hermana adoptiva fuera menor que ella; si bien no se trata de desconocer los estudios que sustentan la bondad de respetar tal proceso, en lo concerniente a la experiencia a la que alude el Instituto, nos hallamos frente a una cuestión problemática puesto que nada garantiza en este aspecto la ineludible repetición de experiencias dolorosas, por muchas que ellas sean. Y es que, a nivel psicológico, en materia de relaciones entre sujetos pocas cosas pueden predecirse con base en la frecuencia de la ocurrencia de las mismas experiencias; es esta otra manera de plantear la necesidad de situar y evaluar los elementos del caso particular.

Sin que nada nos permita asegurar que, habida aceptación de la solicitud de adopción, las cosas marcharían bien en general para todos los miembros de la familia Ribant incluida la nueva hija adoptada, los datos disponibles, lejos de anticipar su fracaso, nos permiten proponer un voto de confianza. En relación con la familia, el deseo expresado coherentemente en hechos y dichos por parte de la pareja Ribant de adoptar a la menor de 16 años y el informe de la evaluación psicológica practicada en Bruselas a la familia, incluida la hija de 8 años, merecen nuestra credibilidad y aportan indicadores de apoyo para evaluar positivamente la posibilidad de la adopción. Sobre la familia adoptante, en términos de sus relaciones no recae ningún tipo de sospecha que pudiera poner en tela de juicio su aptitud para la adopción. La pareja adoptante no desconoce el riesgo de la adopción de una adolescente, procedente de otra cultura y mayor en edad a su hija Audrey, lo cual equilibre los efectos nocivos que pudiera acarrear una exagerada idealización del proceso: la pareja ha tomado el tiempo para concluir una decisión a la que no le restan el carácter de difícil y se ha mostrado dispuesta a someterse a requisitos de evaluación de todo tipo exigidos a los fines de la adopción. En cuanto a la hija de la pareja, no sólo conoce ciertos detalles de quien podría ocupar el lugar de hermana dada la información que se le ha suministrado y el contacto por correspondencia que ya ha establecido con ésta, sino que todo parece indicar, según el informe psicológico que se encuentra en buena disposición para asumirlo; la actitud de los padres favorece esa disposición porque ellos dan muestras de un deseo decidido, que es propio y que no parece basar la expectativa de tener una segunda hija en el interés de aportarle una hermana a su hija, lo cual eventualmente situaría las cosas fuera de lugar; en este sentido evaluamos positivamente la consideración de la psicóloga que ha practicado la evaluación de la familia adoptante en términos de situar la decisión y la responsabilidad de la

adopción en los padres, evitando lo que ella llama, en su informe, la inversión de generaciones”.

25. La señora Decana de la Facultad de Psicología de la Universidad de la Sabana remitió a esta Corporación el concepto técnico elaborado por un grupo de profesionales especialistas en familia con amplia experiencia en temas de adopción. Según el precitado concepto, resulta necesario reevaluar el criterio de la primogenitura y cuestionar su utilización como regla general que no admite excepción alguna, en la medida en que “cada individuo y cada familia en su contexto, tienen su estructura, sus valores, reglas, su propia realidad que son diferentes a otro individuo o familia con características similares”.

Concretamente sobre el caso que ocupa la atención de la Corte se dijo:

“En el caso particular de la familia Ribant se puede observar que tienen ya una experiencia positiva con la primera hija que adoptaron y que además Audrey, por pertenecer desde hace varios años al sistema familiar de los Ribant, ya tiene un espacio y un rol ganado, en su sistema, que nadie se lo quitará. Consideramos que dado que Audrey ha vivido con la familia por más o menos ocho años, ha establecido lazos y legacias familiares fuertes y que por tanto es bastante difícil pensar que María del Pilar pueda afectar las relaciones en el sistema familiar y alterar la primogenitura ya que ella llegaría años después a la familia en la que Audrey ha gozado el rol de hija única y que, por otro lado, puede ser muy positivo para Audrey el tener con quien compartir”.

De igual modo, las expertas indicaron que las suposiciones catastróficas del ICBF en relación con los efectos que la llegada de María del Pilar produciría a la estabilidad de la familia Ribant, deben ser estudiadas de manera juiciosa y ponderada. Sobre el particular, consideraron:

“[S]e hacen suposiciones catastróficas de que el ingreso de María del Pilar al sistema familiar generaría crisis y que Audrey presentaría problemas de rivalidad, afectivos y cognitivos al igual que sus padres. Es admirable que se llegue a estas conclusiones sin tener evaluaciones directas de la familia, de María del Pilar o de las interacciones entre ellas. De acuerdo con dicha postura María del Pilar nunca tuvo una oportunidad”.

Adicionalmente, expresaron la necesidad de tener en cuenta que “el ‘proceso lógico’ de

vinculación que se menciona, no estaría relacionado con el lugar que ocupe la menor en el núcleo familiar sino con los vínculos que se establezcan en las relaciones parentales y fraternas”.

Por último, Indicaron que en el presente caso, “primaron las ‘normas técnicas’ con respecto a la ‘primogenitura’ antes que considerar a María del Pilar como ser humano que merece la oportunidad de tener una familia que le brinde el amor, afecto, apoyo, educación y a la familia Ribant que pueda estar en capacidad de brindar a la joven una familia funcional y que a la vez tiene derecho de gozar del privilegio de tener un nuevo miembro en la familia”. Las expertas agregaron que “es lamentable que debido a una razón de forma, se esté privando a María del Pilar y a la familia Ribant de un proceso de evaluación tanto de qué tan adecuado sea el ambiente de la familia para María del Pilar, como qué tan factible es que la joven María del Pilar con sus características individuales y su historia de abandono, pueda adaptarse y aportar al sistema familiar de los Ribant”.

26. La señora directora del Departamento de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia, envió a la Corte el concepto elaborado por la profesora Bárbara Zapata Cadavid, vinculada al mencionado departamento. La experta consultada, refiriéndose a la teoría sistémica de la familia, estimó que “la finalidad o circularidad no son atributos o condiciones de la familia, como organización social, sino que son opciones de quien elige observarla desde esta visión. Es decir, es una opción de quien observa, al decidir un marco de referencia, no son una característica de lo observado”.

En relación con la noción de primogenitura esgrimida por el ICBF, la experta consideró:

“Dada la diversidad de enfoques, métodos y técnicas que caracterizan a las disciplinas en evolución como son todas las que se enmarcan en la denominación de ciencias sociales, así como el carácter dinámico y cambiante de las organizaciones que se estudian y la naturaleza impredecible de los seres humanos (...). Esto nos permite sugerir la revisión y ampliación del criterio de primogenitura, incluyendo otras condiciones además de la biológica, la legal y la histórica, todas muy respetables pero no únicas, ni inmodificables ni excluyentes.

Los conceptos de conyugalidad, parentalidad, fraternalidad y primogenitura, entre otros, han tenido un fuerte arraigo biológico y legal; sin embargo, son conceptos eminentemente relacionales y culturales, es decir que trascienden los criterios de edad, sexo, condición

biológica y raza, y cobran su significado en el contexto en que ocurren, y si no cómo se explicaría el amor que pueden desarrollar los padres por sus hijos adoptivo, sea que medie o no un trámite legal?

Por último, refiriéndose concretamente al caso de María del Pilar Martínez, la profesora Zapata Cadavid señaló:

“Otros modelos, como el apoyo social o los modelos de intervención centrados en recursos, soluciones, capacidades-proactivos, ofrecen alternativas diferentes que también podrían incluirse al tomar decisiones tan trascendentales y que involucran la vida de una familia y de una adolescente. Por ejemplo, el mismo criterio de primogenitura puede ampliarse si se incluyen los recursos afectivos, institucionales, educativos, culturales y las redes de apoyo con las que, al parecer, cuenta la familia que quiere hacer la adopción y que se evidencian y explicitan en el informe de la sicóloga belga, el cual obviamente merece todo crédito, porque si bien no responsabiliza a la hija del matrimonio por las decisiones que no le competen, si consulta su opinión y en este sentido nos parece respetuoso de la condición de la niña y de sus derechos”.

Y, a continuación, expresó:

“Desde este mismo modelo, en el proceso es posible predecir que si la familia en mención ha logrado, como lo afirma el ICBF, (...), desarrollar y mantener una lógica biológica, psicológica y emocional con una niña, es posible inferir que puede hacerlo con otra. Y si la pareja ha podido relacionarse de manera adecuada con la niña a la cual aspiran adoptar y esto, (...), le ha posibilitado a la niña una nueva y reconfortante visión del mundo y de la vida, también es posible predecir que después del ritual de la adopción este proceso podría continuar.

Es muy marcada la intencionalidad de consolidar familias adoptantes a la manera de las familias biológicas o las llamadas por el equipo técnico ‘naturales’; sin embargo ésta es sólo una homologación que puede resultar muy práctica para efectos legales y particularmente para efectos de protección de los derechos de los niños y las niñas pero esta idea, aunque sustentada en un principio de responsabilidad evidente por parte del ICBF está evitando el avance del proceso”.

27. La Directora Ejecutiva del Centro de Recursos Integrales para la Familia – CERFAMI-,

remitió a esta Corte el concepto técnico elaborado por la psicóloga Flor María Díaz Chalarca y discutido y aprobado por un equipo interdisciplinario de profesionales vinculados al mencionado Centro.

Según se indica en el mencionado concepto, el argumento aportado por el ICBF para negar la solicitud de adopción carece de todo fundamento racional. A este respecto se afirmó:

“Desde ningún punto de vista encontramos válido el argumento de ‘respeto a la primogenitura’ de Audrey Ribant, como impedimento para la adopción de María del Pilar. La primacía de la primogenitura sobre las/os hermanos que ocupan otro orden en la familia, es un concepto obsoleto y sin ninguna implicación psicológica, social ni jurídica a puertas del nuevo milenio, al menos en la sociedad occidental. En aspectos relacionados con la conformación de una familia, y con los roles que se juegan a su interior dependiendo del lugar que se ocupe en la misma, diferimos de la apreciación – fundamentada por los funcionarios/as del ICBF en los aportes del enfoque sistémico de la familia, enfoque que en este y otros aspectos relacionados con la dinámica familiar es perniciosamente determinista – de que el ingreso de María del Pilar a la familia Ribant, en la condición de hija mayor, afectará negativamente la dinámica armoniosa que hasta el presente caracteriza a dicho grupo familiar.

Nuestra experiencia de trabajo en conflictos y violencia al interior de la familiar, así como los estudios en el campo de la familia, en particular en lo relativo a la diversidad de tipologías familiares y a la problemática relacional de las familias, nos ha demostrado que las ‘disfunciones’ o patologías asociadas a la vida en familia no están asociadas directamente con la aparición no natural de un nuevo miembro en ella. Es decir que si bien es cierto que no sería natural la forma como María del Pilar ingresaría en el escenario familiar de los Ribant – aunque tampoco sería abrupta, dada la relación entre ésta y la familia adoptante a través del programa de ‘padrinazgo’ – este hecho no determinaría, por sí solo, la aparición de problemas de convivencia. De hecho, muchas familias cuya formación no podría calificarse estrictamente como ‘natural’ mantienen apropiadas relaciones de convivencia . Y, contrario sensu, muchas familias cuya conformación es estrictamente basada en parentesco de consanguinidad de primer y segundo grado, viven relaciones familiares conflictivas y violentas.

El concepto de ‘natural’ está asociado a la caracterización de un solo tipo de familia, la familia nuclear, conformada por padre, madre e hijas/os biológicos de la pareja. La antropología, la sociología y la evidencia misma, han demostrado que en la actualidad, no sólo en Colombia sino en muchos otros países del mundo, este modelo familiar coexiste con muchas otras formas de familia. Además, la misma adopción sería una forma poco ‘natural’ de tener hijos/as, así se trate de asimilar esta experiencia al acto procreativo. En definitiva, el mayor o menor grado de dificultades en una familia no necesariamente está asociado a la manera como ingresa cada miembro al grupo familiar, o a su tipología, sino a la dinámica de las relaciones de poder que en la familia se establecen, a la forma como se tramitan y resuelven los conflictos a su interior y a los valores de convivencia – respeto, tolerancia, solidaridad, equidad – que en el grupo familiar se vivan”.

Así mismo, las expertas de CERFAMI manifestaron no conocer estudio o investigación alguno en el cual se evidencien las consecuencias nefastas que sobre una familia podría tener una adopción llevada a cabo en contravención del concepto de primogenitura alegado por el ICBF. Anotan, adicionalmente, que la Institución demandada no ha aportado ningún estudio o investigación en este sentido.

Por otra parte, las expertas plantearon que la relación de padrinazgo que se ha establecido entre María del Pilar Martínez y la familia Ribant constituye “una inmejorable ‘antesala’ para la adopción”. Consideraron que la negativa del ICBF de entregar en adopción niños determinados, constituye “una inflexibilidad que no puede tener lugar cuando se trata de la defensa de los derechos y del mejoramiento de la calidad de vida de los niños/as. Si de un programa que representa ciertas ventajas para un menor se pasa a otro que resulta aún más ventajoso para el mismo, tanto mejor para él/ella”. En torno a estas cuestiones, señalaron:

“[L]a familia Ribant representa necesariamente una mejor opción para María del Pilar en comparación con lo que puede ofrecerle la institución adscrita al ICBF, en la cual vive actualmente.

Si bien es claro que debe llevarse a cabo la adopción, habría que hacer – como en toda adopción – una buena labor de ‘empalme’ entre María del Pilar y la familia Ribant, la persistencia de esta familia, así como el informe psicológico de las entrevistas que se han llevado a cabo con Audrey, la hija adoptiva de la pareja, indican que existe un clima

favorable a la adopción y que el grupo familiar estaría dispuesto a hacer todo lo necesario para enfrentar las dificultades que surjan a raíz del ingreso de María del Pilar, quien no sólo se halla motivada y deseosa de ser adoptada por la pareja Ribant, sino que demuestra un alto grado de conciencia sobre la casi inexistencia de opciones de adopción que le quedan en este momento de su vida. En consecuencia, este factor puede incidir en una actitud positiva estable de la joven respecto a esta oportunidad que le ofrecen los Ribant.

Nos llama la atención el hecho de que los funcionarios/as del ICBF insistan en decir que independientemente de que no se apruebe la solicitud de adopción de los Ribant, María del Pilar continúa en el programa. No sólo para la joven sino para cualquiera es claro que después de los siete u ocho años se reducen mucho las posibilidades de adopción de un/a menor. Casi podríamos asegurar que fue el vínculo establecido previamente en el programa de padrinazgo lo que dio lugar a una intencionalidad diferente por parte de la familia Ribant. Así pues, sumamos como argumento a nuestro concepto en favor de la adopción, las escasas posibilidades de adopción que le quedan a María del Pilar y el sombrío panorama que sin duda le espera al cabo de dos años, cuando llegará a la mayoría de edad y perderá la protección del Instituto”.

De igual forma, las profesionales de CERFAMI consideraron que el hecho de que Audrey Ribant fuera adoptada era en extremo positivo para el proceso de adopción, como quiera que ello le permitiría desarrollar sensibilidades especiales hacia la situación de María del Pilar. Así mismo, consideraron que la diferencia de edades entre Audrey y María del Pilar no constituía un escollo para el proceso de adopción. Por el contrario, estimaron que “una propuesta de construcción democrática de la familia implica la posibilidad de la convivencia en medio de las diferencias entre sus miembros – de edad, sexo, personalidades, gustos – sobre la base de dar primacía a valores tales como la solidaridad, el respeto, la equidad y la tolerancia. Hallamos implícitos esos valores en muchas de las manifestaciones de la familia Ribant, en relación a la adopción, a lo largo del expediente”.

Para concluir, el equipo interdisciplinario de CERFAMI apuntó:

28. La psicóloga Cecilia Gerlein Echeverri, directora de la Fundación Omega y psicóloga experimentada en el campo de adopciones desde 1980, inició su concepto precisando que “las familias europeas, al realizar adopciones transnacionales, transraciales y transculturales

tienen una conciencia muy clara de lo que implica una adopción de un niño que no se ajusta a la 'familia ideal', de sus problemas y dificultades, se preparan para ellos y en muchos casos cuentan con la orientación y apoyo de las agencias gubernamentales de adopciones. Los extranjeros, a diferencia de los colombianos, están más dispuestos a adoptar niños con dificultades especiales: niños mayores, con déficits educativos y afectivos y aún con alteraciones físicas, o grupos de hermanos considerados de 'difícil adopción', conscientes de la doble función padres-terapeutas que tendrán que desempeñar”.

En relación con el criterio de primogenitura y la teoría sistémica de la familia en la cual, según el ICBF, aquél se sustenta, la experta conceptuó:

“Si bien compartimos el principio general del ICBF de que los 'criterios de selección deben ir acordes a la dinámica misma que presentan las sociedades y familias ... pretendiendo asimilar la adopción lo más posible al proceso de formación de una familia biológica' y no podemos ignorar los aportes de la teoría sistémica, (...), debemos recalcar que muchas de las familias constituidas por adopción son, en este sentido, atípicas.

Las familias por adopción, al igual que las familias atípicas como las constituidas por segundas uniones o mixtas (por divorcio o viudez) deben hacer una reorganización de la estructura familiar desde la base con la consecuente modificación de roles, funciones, identidades y dinámicas internas donde sus miembros deben luchar por construirse un espacio propio. También produce cambios en la estructura y dinámica familiar la llegada de otros hermanos a la familia, así como la pérdida de alguno de sus miembros (muerte o separación). De la flexibilidad y adaptación del sistema familiar, entre otros, depende el éxito de su funcionamiento”.

De otra parte, la doctora Gerlein Echeverri se pronunció en torno al caso específico de la adopción de María del Pilar Martínez por parte de la familia Ribant en los siguientes términos:

“De hecho el que la familia Ribant adopte otra niña impondría a Audrey un 'vínculo fraternal externo' mientras se asimila al sistema familiar e implicaría cambios en su identidad y roles de hija única a hermana y generaría reacciones de ambivalencia, celos, rivalidad, etc. independiente de su edad.

(...)

Audrey es la primera hija, la primera en llegar, quien creó el subsistema parental, la primera en tener la significación y representación psicológica (el desarrollo de su identidad como padres) de hija para los Ribant y por lo tanto su primogénita.

La primogenitura implica roles, funciones, posibilidad de imponer y consensuar, enseñar, ser modelo y estímulo para el aprendizaje y la socialización de los otros hermanos. Y en este caso concreto, será el papel que juegue Audrey para María del Pilar: Será su hermana mayor encargada de transmitirle el funcionamiento y valores familiares, el modelo de relación con sus padres, las formas de expresión familiar, las costumbres familiares y sociales, la lengua y la cultura en general. Psicológicamente, Audrey ‘adoptará’ a su hermana como su ‘hermanita menor’.

La importancia de la primogenitura depende también de la historia familiar, de la tradición de valores al respecto en las familias materna y paterna y a las propias identificaciones y valoraciones que estos padres tengan de sí mismos respecto a la ubicación en sus estructuras familiares.

Consideramos que el respeto a la primogenitura, en términos de no darle a Audrey una hermana adoptiva cronológicamente mayor no debe ser el criterio central para determinar esta adopción”.

FUNDAMENTOS

1. La actora, María del Pilar Martínez, de dieciséis años de edad, quien se encuentra bajo la protección de la institución denominada “Ciudadela de la Niña”, considera que la División de Adopciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – ha violado sus derechos fundamentales a tener una familia (C.P., artículo 44), al cuidado y al amor (C.P., artículo 44), a la igualdad (C.P., artículo 13) y al debido proceso (C.P., artículo 29) con su negativa a iniciar los trámites de un proceso de adopción dirigido a que los esposos de nacionalidad belga Jacques y Brigitte Ribant se conviertan en sus padres.

La entidad estatal demandada ha justificado sus actuaciones alegando que, con tal adopción, se pondría en peligro la primogenitura de Audrey, la hija de siete años de la pareja Ribant, lo

cual causaría graves y profundos traumatismos y tensiones a la demandante y a los distintos miembros de la familia belga. El ICBF ha señalado que la protección de la primogenitura constituye un principio guía del proceso de adopción, consagrado en una serie de normas técnicas fundadas en la experiencia y en estudios teóricos acerca de las relaciones intrafamiliares.

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C., y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia denegaron el amparo constitucional solicitado por la actora. En su opinión, la decisión de la entidad demandada no es arbitraria, como quiera que se inscribe dentro de sus competencias y potestades y se basa en normas técnicas “talladas por la experiencia”. De igual modo, los juzgadores de instancia estimaron que, con su decisión, el ICBF no ha negado a la actora su derecho a ser adoptada, toda vez que ésta permanece en el programa de adopciones y puede conservar y fortalecer los lazos de padrinazgo que, en la actualidad, mantiene con la familia Ribant. Por último, la Corte Suprema de Justicia señaló que, en el presente caso, la acción de tutela era improcedente, habida cuenta de que los actos proferidos por el ICBF pueden ser controvertidos a través de otros medios de defensa judicial.

En virtud de los antecedentes planteados, debe la Corte definir, en primer término, si la acción de tutela resulta procedente y, si así fuere, tendría que determinar si, con su proceder, la División de Adopciones del ICBF ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales de María del Pilar Martínez.

Procedencia de la acción de tutela

2. La presente acción de tutela se interpone contra la decisión del Comité Técnico de Adopciones del ICBF, a través de la cual se niega la solicitud de adopción de la menor María del Pilar Martínez realizada por la familia Ribant. En estas condiciones, compete a esta Sala definir si existe otro medio de defensa judicial para impugnar el mencionado acto y si, de existir, la acción de tutela puede proceder como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Del conjunto de pruebas que han sido recogidas a lo largo del proceso, no parece que exista un acto administrativo en el que conste de manera clara y motivada la decisión que se impugna mediante la presente acción. No obstante, tanto la actora como el ICBF remitieron

al expediente copia del oficio 12220 sin fecha mediante el cual se le informa a la familia Ribant la decisión del Comité Técnico antes mencionada. Advierte la Corte que el ICBF afirma que tal decisión se comunicó mediante oficio 036313 del 21 de octubre de 1997 y que se envió copia del mismo a la Directora de la Ciudadela de la Niña y a la doctora María Fannory Suárez Gómez, abogada de la Procuraduría para la Defensa del Menor y la Familia. A pesar de lo anterior, en el expediente no existe copia ni del mentado oficio ni del envío de las precitadas comunicaciones. Sólo se encuentra el escrito relacionado bajo el número 12220 que carece de otra identificación o de una fecha determinada.

En suma, parece claro que ni siquiera el propio ICBF sabe, a ciencia cierta, cuál es el acto administrativo mediante el cual se notifica la negativa de la solicitud de adopción formulada por la familia Ribant. No obstante, ello no implica aún un obstáculo de tal magnitud que permita afirmar que la tutela puede proceder por inexistencia de otro medio de defensa judicial.

Ahora bien, cualquiera que fuere el acto en mención – bien el oficio 036313 o el aportado al proceso bajo el número 12220 o alguno otro -, resulta meridianamente claro que éste no fue notificado a María del Pilar Martínez ni a la Defensora de Familia encargada de ejercer la defensa judicial y administrativa de los derechos de la menor. En efecto, el propio Instituto, al relacionar a las personas a quienes se notificó la mencionada decisión, omite señalar a la actora o a su defensora.

Sin embargo, podría afirmarse que el acto precitado no tenía que ser notificado a la menor. A este respecto, no cabe ninguna duda de que una niña de dieciséis años tiene derecho a conocer y eventualmente impugnar un acto que, como el que se estudia, está definiendo por entero su destino. Incluso si llegare a afirmarse que la menor no puede ejercer directamente este derecho, es incuestionable que, al menos, puede hacerlo a través de la Defensora de Familia correspondiente, lo que, en el presente caso, no podía ocurrir por ausencia de notificación oportuna de la decisión que se cuestiona. ¿Cómo podía María del Pilar Martínez o su defensora impugnar oportunamente un acto administrativo que no les fue notificado?

Todo lo anterior, sin mencionar que, en aquellos casos en los cuales se encuentran comprometidos derechos fundamentales cuya realización continua se torna necesaria para proteger la dignidad de su titular – como el derecho al mínimo vital o el derecho de los niños

a tener una familia -, el juez constitucional, para decidir sobre la procedencia de la tutela, debe verificar si, verdaderamente, se está produciendo una lesión iusfundamental y si ésta se origina en un acto de tal arbitrariedad que resulta desproporcionado someter a la persona a un proceso ordinario. Se trata de las llamadas cuestiones constitucionales que, pese a poder ser ventiladas a través de otros mecanismos judiciales distintos de la acción de tutela, pueden ser asumidas por el juez constitucional dado (1) que se trata de un asunto puramente constitucional, y (2) que resulta flagrante la arbitraria transgresión de los derechos fundamentales. En estos casos, es evidente la desproporción y el costo en términos de eficiencia que implica optar por el mecanismo judicial ordinario⁸.

En suma, la ausencia de notificación del acto administrativo que contiene la decisión que se cuestiona, dentro del término oportuno para impugnarlo, la eventual consumación del perjuicio iusfundamental y la naturaleza eminentemente constitucional de la cuestión que se debate, lleva a esta Sala a considerar procedente la acción de tutela.

De otra parte, debe referirse la Sala al alegato de los jueces de instancia en virtud del cual es el ICBF y no el juez quien debe definir si una solicitud de adopción debe ser aceptada o rechazada. La anterior apreciación es estrictamente cierta si se refiere al órgano que tiene la competencia para adelantar la primera fase de los procesos de adopción. No obstante, el ICBF, como todos los restantes órganos del poder público, se encuentra sometido al derecho y, en consecuencia, si a través de sus acciones u omisiones viola el derecho vigente y, sobre todo, los derechos fundamentales, nada obsta para que éstas o aquéllas sean objeto de controversia judicial.

En este sentido, es necesario indicar que son los jueces contencioso administrativos y, en algunos casos, los jueces de familia, los órganos competentes para asegurar que el Instituto demandado se sujete al derecho. No obstante, si se ha violado o se encuentra amenazado un derecho fundamental y no existe otro medio de defensa judicial o de existir su utilización puede permitir que se ocasione un perjuicio iusfundamental de carácter irremediable, procederá la tutela como mecanismo transitorio, sin que ello signifique que el juez constitucional haya suplantado a la autoridad administrativa.

Por último, podría alegarse que la acción de tutela es improcedente en la medida en que es

fue interpuesta directamente por la actora quien aún no cuenta con la mayoría de edad. No obstante, este alegato resulta abiertamente impertinente pues, como se sabe, los menores están plenamente legitimados para ejercer directamente la defensa de sus derechos fundamentales. Nada en la Constitución ni en la ley permite fundamentar la tesis contraria.

Estudio de la cuestión de fondo

3. Resueltos los problemas procesales planteados, entra la Corte a definir si la decisión del ICBF en virtud de la cual se niega la solicitud de adopción de la menor María del Pilar Martínez realizada por la familia Ribant, bajo el argumento según el cual resulta prioritaria la defensa de la primogenitura de la hija menor de la mencionada familia, viola los derechos fundamentales de la actora.

Síntesis de las pruebas practicadas por la Corte

“Físicamente María del Pilar es una niña de mirada sonriente y llena de esperanza en cada persona que le habla o le pregunta por sus sueños, sus afectos o sus tristezas. Como muchos niños y niñas que han sufrido el abandono o el maltrato, María del Pilar es de una estatura media, un poco rezagada para sus dieciséis años. Su piel morena puede contar las huellas de los golpes, como también de las ternuras, los abrazos y las palabras suaves, que las personas que decidieron por ella no sintieron ni escucharon.”

(Concepto de la Defensoría del Pueblo dirigido a la Corte Constitucional)

4. Según las pruebas practicadas, la menor María del Pilar Martínez ha sufrido permanentemente la negligencia e inoperancia de las entidades públicas encargadas de proteger sus derechos. Su historia no es muy distinta de la de miles de niños colombianos. Una infancia marcada por el maltrato de sus familiares más cercanos y por la soledad e indefensión que se origina cuando falta la más elemental solidaridad social.

A los ocho años es declarada en abandono e internada en una casa del Bienestar Familiar. Un año más tarde, es sometida a un proceso de adopción que resulta frustrado por la falta de diligencia y profesionalismo de los funcionarios encargados de preparar tanto a la madre adoptante como a la menor para asumir sus nuevos roles. Este primer fracaso en el plan de adopciones, tiene un profundo impacto psicológico en la menor, que dos meses después de

haber sido dada en adopción y sin que nadie le procure una sola razón, se encuentra nuevamente “abandonada” por su madre adoptante.

De nuevo recluida en la Ciudadela de la Niña, permanece cuatro años marginada del programa de adopciones debido a que el funcionario público competente “olvidó” reportar que se había frustrado la primera solicitud de adopción. De otra parte, según lo indica la Defensoría del Pueblo, María del Pilar ni siquiera conoce a la Defensora de Familia encargada de proteger sus derechos.

No obstante, actualmente es una estudiante ejemplar, solidaria con sus compañeras y respetuosa con quienes conforman su única familia, los miembros de la “Ciudadela de la Niña”, lugar donde ha vivido desde que fue declarada en abandono y en el que sólo podrá permanecer hasta que cumpla 18 años.

Hace cerca de dos años, María del Pilar fue inscrita en el llamado “plan padrinos”, en virtud del cual entró en contacto con la familia belga integrada por Jacques y Brigitte Ribant y su hija Audrey. Gracias a un nutrido intercambio de cartas, fotos, dibujos y llamadas telefónicas, la familia belga llegó a conocer bastante bien a la niña y ésta a cada uno de sus miembros.

El 20 de junio de 1997, los esposos Ribant manifestaron a la directora de la “Ciudadela de la Niña” su deseo de adoptar a María del Pilar. En consecuencia, la Directora remitió la solicitud al ICBF. El 21 de octubre del mismo año el Instituto denegó la petición.

Según el ICBF, la única razón que justifica la negativa consiste en la protección de la primogenitura de Audrey Ribant, hija única de los esposos Ribant, de 8 años de edad. Sostiene el Instituto que, en todos los casos, sin excepción alguna, debe negarse la solicitud de adopción de un niño cuando la familia solicitante tiene un hijo de menor edad a aquél cuya adopción se solicita. En palabras de la propia entidad : “lo más importante para nosotros, (es) el respetar la primogenitura de los hijos, puesto que ya han establecido un espacio de relación dentro del grupo familiar, que de alterarlo, podría generar crisis, ambivalencias y sentimientos encontrados, dificultando el proceso de integración de un nuevo miembro y la dinámica propia del grupo familiar en general”. La entidad indica que la defensa de la primogenitura se funda en la protección de la “lógica biológica” de la familia y en la experiencia nefasta que la práctica contraria ha generado.

No obstante, advirtió que la familia Ribant es suficientemente idónea y reúne las condiciones éticas, emocionales, morales, psico-sociales y demás requisitos legales previstos por la ley para garantizar el adecuado desarrollo integral de un niño o una niña, por lo cual “(e)n el evento de que la familia deseara adoptar un segundo niño menor que Audrey, no dudaremos en aceptar su solicitud”.

Ante la argumentación esgrimida por el ICBF, la familia Ribant decidió someterse al dictamen profesional de la psicóloga Nathalie Jodogne, del Departamento de Neuropsiquiatría y Patologías Especiales – Sector de Psiquiatría – de las Clínicas Universitarias San Lucas de la Universidad Católica de Lovaina. Basada en las reuniones que sostuvo con todos los miembros de la familia Ribant, así como en las entrevistas que, a solas, llevo a cabo con la pequeña Audrey, la profesional elaboró un informe psicológico, fechado el 19 de diciembre de 1997, acerca del proyecto de adopción de la menor María del Pilar Martínez por parte de Jacques y Brigitte Ribant.

En general, la señora Jodogne indicó que las relaciones familiares entre los Ribant eran muy buenas y que se basaban en el diálogo, motivo por el cual era previsible que los problemas que pudieran surgir a raíz de la adopción de María del Pilar fueran resueltos por la vía antes señalada. Así mismo, la psicóloga manifestó : “Audrey ha sido preparada por sus padres a (sic) este proyecto, mediante el desarrollo de contactos: intercambios de cartas, regalos, dibujos. Audrey ha sido correctamente informada por sus padres. Se ha mostrado feliz a la idea de tener una hermana”. Después de un informe sobre otros aspectos de la familia Ribant y ciertas características de Audrey, la psicóloga indicó “estamos favorables a este proyecto para Audrey” (sic).

El mencionado concepto fue enviado al ICBF a fin de que fuera reconsiderada la solicitud de adopción. No obstante, para el Instituto, la decisión de rechazar la solicitud de adopción es inmodificable, en la medida en que se funda en una regla técnica que no admite excepciones, por lo cual nada nuevo aporta el mencionado experticio psicológico.

Valoración constitucional de la actuación del ICBF

6. En el presente caso, la actora, los miembros de la familia Ribant, el Defensor del Pueblo, la representante de la Procuraduría General de la Nación y los expertos que oportunamente intervinieron en el proceso, sostienen, de manera unánime, que el acto del ICBF a través del

cual se niega la solicitud de adopción de María del Pilar Martínez es arbitrario. Adicionalmente, alegan que vulnera los derechos fundamentales de la menor cuya adopción resultó negada.

No obstante, los jueces de instancia consideran que la decisión impugnada se encuentra adecuadamente motivada y, en consecuencia, no dan curso a la tutela solicitada.

En las condiciones planteadas, le compete a la Sala indagar si la decisión del ICBF, en el sentido de negar la solicitud de adopción de la familia Ribant, violó los derechos fundamentales de la menor María del Pilar Martínez. Para resolver adecuadamente esta cuestión, la Corte, en primer término, tendrá que definir cuáles son los derechos fundamentales involucrados en un proceso de adopción y, en segundo lugar, habrá de identificar si la decisión administrativa que se cuestiona amenaza o vulnera dichos derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales involucrados en las decisiones administrativas o judiciales sobre adopción de menores. El derecho a tener una familia y los derechos fundamentales conexos.

7. Se pregunta la Sala si la decisión de no dar en adopción a un menor puede aparejar la vulneración de algún derecho fundamental. Para dar respuesta a este interrogante, es necesario establecer el verdadero alcance del derecho constitucional fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

8. Los instrumentos internacionales que se refieren a los derechos de los menores¹⁰, así como las normas constitucionales y legales de derecho interno que regulan aspectos relacionados con la niñez, parten del supuesto sociológico según el cual el desarrollo armónico e integral del menor depende, en buena medida, de que crezca en un ambiente de afecto y solidaridad moral y material. Por esta razón, tales disposiciones protegen de manera especial a la familia como institución básica de la sociedad y como factor fundamental para el adecuado desarrollo del menor. Así, por ejemplo, el Principio VI de la Declaración de los Derechos Del Niño, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, señala:

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y

compresión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...).”.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 10, establece:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. 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. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

A su turno, en la Declaración 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 el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/85), se lee:

“A.- BIENESTAR GENERAL DE LA FAMILIA Y DEL NIÑO

Artículo 1º. Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño.

Artículo 2º. El bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

9. En reiterada jurisprudencia¹¹, la Corte ha considerado que el derecho a tener una familia constituye una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño. Lo anterior, no sólo porque los lazos de afecto y solidaridad que suelen constituir dicha institución favorecen el desarrollo integral de una persona, sino porque la propia Constitución y la ley le imponen a la mencionada institución la obligación imperiosa de asistir y proteger al menor a fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.

En este sentido, puede afirmarse que 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.

Puede sostenerse que los derechos que se ven afectados al impedir que un menor tenga una familia no se limitan a los enunciados en el mencionado artículo 44 de la Constitución. La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales (C.P. art. 16).

La violación del derecho fundamental de una persona a tener una familia, apareja una degradación tal del ser humano que resulta incompatible con el principio de dignidad protegido por el artículo 1º de la Carta. Por estas razones, siempre que se respeten las normas básicas de convivencia, la decisión de separarse o de no constituir un núcleo familiar sólo puede ser personal. De otra forma, se estaría convirtiendo al sujeto en un mero instrumento de los caprichos estatales y se le estaría privando de un factor determinante de su más íntima individualidad.

Sujetos titulares del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella

10. La Corte ha indicado que los derechos reconocidos en el artículo 44 de la Carta se refieren, en principio, a los niños, en el sentido en el que se entiende esta expresión en la legislación civil y, por lo tanto, los adolescentes y los adultos no son titulares de los mismos¹². No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en ciertas, circunstancias, algunos de tales derechos son extensivos a las categorías de personas antes mencionadas. Se trata, fundamentalmente, de aquellos casos en los cuales las normas

internas o de derecho internacional hacen extensivos los mencionados derechos a los adolescentes o cuando la propia naturaleza del derecho permite afirmar su universalidad¹³.

No obstante, aunque no se aceptara la tesis expuesta, lo cierto es que, como fue indicado en aparte anterior de esta decisión, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella se encuentra estrechamente vinculado con los derechos a la propia identidad (C.P. art. 14), a la igualdad (C.P. art. 13) y al libre desarrollo de la personalidad (C.P. art. 16) y, sin duda, con el principio de dignidad de la persona humana (C.P. art. 1). En consecuencia, debe afirmarse que no sólo los niños, sino los adolescentes e incluso, los adultos tienen derecho a ser protegidos contra actos arbitrarios del Estado o de los particulares que tiendan a negarles el mencionado derecho. En este sentido, se ha manifestado reiteradamente la Corporación¹⁴ al señalar, por ejemplo, que el derecho fundamental a tener una familia es de doble vía, pues nada justifica que sólo resulten titulares del mismo algunos de sus miembros y, sin embargo, los restantes carezcan de tal titularidad.

12. Se pregunta la Corte si la familia que protege la Constitución es, únicamente, la familia natural.

Evidentemente, la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política. Sin embargo, lo anterior no implica que la familia que se constituye al margen de los vínculos biológicos no sea también objeto de protección constitucional. Por el contrario, a este respecto la Corte ha indicado:

“Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 C. N.) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles”¹⁵.

En el mismo sentido, la Corporación reiteró:

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

igualmente a la familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos.”¹⁶

Y, finalmente, la jurisprudencia señaló:

“El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término COLOCACION FAMILIAR”¹⁷.

El derecho a la familia de los niños que no pueden ser cuidados por sus padres biológicos

13. Existen numerosos eventos en los cuales la familia “natural” no constituye un medio adecuado para el desarrollo integral del menor. Puede, por ejemplo, acontecer que el comportamiento violento de los padres se convierta en factor de amenaza de los derechos fundamentales del menor. Igualmente, se presentan cotidianamente múltiples casos de orfandad o de abandono de menores quienes, en consecuencia, pierden la posibilidad de ser cuidados por sus propios padres. En estas circunstancias, surge la obligación inaplazable del Estado de establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural.

14. Tal vez la institución más importante dentro de las que pueden ser diseñadas para hacer efectivo el derecho de los menores abandonados o expósitos a tener una familia, es la adopción. En efecto, esta alternativa es la única dentro de las existentes que 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. En este sentido, los tratados internacionales y las normas de derecho interno reconocen la importancia del proceso de adopción y la necesidad de que el éste se someta, enteramente, a la defensa pronta y efectiva de los derechos del menor.

Los menores y, particularmente, aquellos que han sido abandonados o sometidos a procesos de violencia o maltrato, son sujetos constitucionalmente privilegiados. Así mismo, los derechos contemplados en el artículo 44 y, en especial, el derecho a tener una familia, gozan de primacía constitucional. En consecuencia, dado que la adopción es la institución diseñada para garantizar derechos de sujetos especialmente protegidos, no cabe ninguna duda de que

se trata de una figura jurídica que comporta una especial importancia en términos constitucionales.

En este sentido, la obligación del Estado consiste en diseñar e implementar un régimen de adopciones sometido integralmente a los principios constitucionales que regulan la función pública (C.P. art. 209), así como a los valores, principios y derechos que se articulan en favor del desarrollo armónico y pleno de los menores¹⁸.

En el Estado Social y democrático de Derecho, en el que se otorga prelación constitucional a los derechos de los niños y, dentro de éstos, al derecho a tener una familia, no puede tener cabida la visión según la cual la política de adopciones es un asunto secundario de la agenda estatal, que, como tal, queda librado a la caridad o a la buena voluntad de quienes deseen cumplir una función social residual. Por el contrario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta, las políticas públicas en materia de adopción deben ocupar uno de los primeros lugares entre las preocupaciones del Estado, por esta razón, los planes y programas en esta materia, deben ser diseñados y ejecutados por las personas mejor capacitadas y estar sometidos a una estricta vigilancia por parte de las entidades públicas de control y por la opinión pública. Todo lo anterior, por supuesto, con independencia de la calidad – pública o privada – de la entidad encargada de ejecutar dichas políticas.

En este sentido, se repite, todo sistema de adopciones, tanto en su diseño como en su implementación, deberá respetar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y someterse integralmente a los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor.

15. La deficiencia en el diseño y aplicación de las políticas, planes y programas de adopción de los niños expósitos se convierte en una amenaza directa tanto de los derechos fundamentales de los menores que necesitan ser incorporados a un núcleo familiar como de las personas que desean asumir su cuidado. Pero cuando la implementación del régimen de adopciones se realiza al margen de los principios y derechos constitucionales y legales de todas las partes involucradas, la amenaza se convierte en una violación flagrante de los valores y principios constitucionales.

En síntesis, en un proceso de adopción se encuentran involucrados no sólo el derecho fundamental del menor a tener una familia, sino un conjunto mucho más amplio de derechos

fundamentales constitucionales cuyo titular no es únicamente el niño sujeto de la eventual adopción. En efecto, como fue estudiado, el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella tiende a garantizar todo el plexo constitucional de los derechos del niño, así como derechos fundamentales de otros miembros de la familia. En consecuencia, todas las decisiones que se tomen en el curso de un proceso de adopción deben estar plenamente justificadas en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales que tienden a garantizar la adecuada formación de los menores y su desarrollo libre y armónico.

Resta determinar si la decisión del ICBF por medio de la cual se rechazó la solicitud de adopción de María del Pilar Martínez se encuentra justificada en la aplicación de normas claras, unívocas, públicas y sometidas a los valores, principios y derechos constitucionales, o si, por el contrario, constituye un acto arbitrario que lesiona los derechos fundamentales de la actora y de los miembros de la Familia Ribant.

Estudio de la decisión impugnada

16. La decisión del ICBF de negar la solicitud de adopción de la Familia Ribant se fundó, esencialmente, en la defensa de la primogenitura de Audrey Ribant, la hija de ocho años de la anotada familia. En los documentos remitidos a esta Corporación, el Instituto reconoció que, de no ser por tal argumento, no existiría inconveniente alguno en tramitar la solicitud de adopción mencionada. En palabras del Instituto demandado:

“(L)o más importante para nosotros, el respetar la primogenitura de los hijos, puesto que ya han establecido un espacio de relación dentro del grupo familiar, que de alterarlo, podría generar crisis, ambivalencias y sentimientos encontrados, dificultando el proceso de integración de un nuevo miembro y la dinámica propia del grupo familiar en general. Por ello los criterios establecidos dentro de la norma técnica apuntan a favorecer y a proteger los vínculos naturales dentro del grupo familiar.” (bastardilla de la Sala).

Como fue expresado en los antecedentes de esta providencia, la Sala solicitó al ICBF el envío de la norma técnica en la que se fundó su decisión. Sin embargo, la entidad sólo remitió una serie de resoluciones de contenido genérico que no establecen, ni implícita ni explícitamente, la defensa de la primogenitura, en el sentido asumido por el Instituto. Al parecer, esta regla no se encuentra plasmada en una disposición de orden legal o reglamentaria, sino que

constituye una regla de aplicación consuetudinaria por parte del Comité de Adopciones de la entidad. A este respecto, no sobra indicar que el mencionado comité se encuentra conformado por servidores públicos vinculados al ICBF y que una de sus funciones consiste en unificar criterios sobre los trámites de adopciones.

Ante la inexistencia de una disposición jurídica que imponga la regla utilizada por el ICBF para sustentar su decisión, la Sala procedió a indagar sobre el sustento teórico o empírico de la tesis en la que se apoya la precitada decisión. En torno a la aplicación del principio de la primogenitura al caso de María del Pilar Martínez, el ICBF señaló:

Dentro de este mismo marco conceptual María del Pilar vendría a imponer un vínculo fraternal externo que, como lo hemos señalado, no sólo quitaría a Audrey su calidad de hermana mayor, sino que pasaría a ser la segunda hija. Si al anterior elemento agregamos que quien llega será una niña en una etapa de desarrollo diferente, que ha sufrido repetidas fracturas a nivel familiar y afectivo, que proviene de un sistema cultural que la ha asimilado durante 16 años de vida permitiéndole adquirir valores propios de nuestra cultura y además que ha sido permeada por una dinámica institucional, rompería la lógica biológica y social de vinculación que afectaría la creación del subsistema fraterno sano”.

17. En el expediente figura un concepto fechado el 19 de diciembre de 1997, suscrito por la profesional Nathalie Jodogne del Departamento de Neuropsiquiatría y Patologías Especiales – Sector de Psiquiatría – de las Clínicas Universitarias San Lucas de la Universidad Católica de Lovaina, en el que se afirma que, pese a que la adopción de María del Pilar Martínez puede generar algunas dificultades, todos los miembros de la familia Ribant están preparados para asumirlas y tramitarlas. En el mencionado concepto se registra la posición favorable de la profesional consultada respecto del anotado proyecto de adopción.

En las condiciones anteriores, esta Sala le preguntó al ICBF si dicho concepto había sido tenido en cuenta para adoptar la decisión que se estudia. La entidad indicó que no conocía ni podía conocer el mencionado concepto en la medida en que la norma técnica que justifica su decisión no admite excepción alguna y, en consecuencia, se aplica sin atender las distintas condiciones de la familia adoptante o de la menor susceptible de ser adoptada. Por eso, no sólo no tuvo en cuenta el concepto mencionado, sino que los funcionarios del ICBF nunca se reunieron con ninguna de las personas involucradas ni hicieron un estudio de las condiciones

particulares del caso concreto.

18. De las pruebas aportadas al proceso, resulta claro que la que se analiza es, quizás, la última oportunidad de María del Pilar Martínez de tener una familia. En efecto, todos los documentos que obran en el expediente, incluso los remitidos por la entidad demandada, fundamentan este aserto. Ahora bien, en las condiciones de la actora, la negación del derecho a tener una familia puede aparejar la afectación de otros derechos que, como la educación o la salud quedarán amenazados una vez cumpla la mayoría de edad y deba abandonar, forzosamente, la casa de custodia en la que ha vivido desde su infancia. María del Pilar Martínez no cuenta con apoyo diferente del prodigado por quienes se han encargado de su educación en la mencionada casa de custodia, apoyo que perderá, de inmediato, al cumplir 18 años.

19. En principio, no cabe ninguna duda de que compete al ICBF solucionar la tensión existente entre los derechos de María del Pilar Martínez y Audrey Ribant. Ciertamente, dicha entidad tiene la competencia y la capacidad para resolver los problemas que surgen en el curso de los distintos procesos de adopción. No obstante, la decisión del ICBF debe estar fundada en una norma jurídica o, por lo menos, en una directriz o principio jurídico que sea público, claro y jurídicamente controvertible. Adicionalmente, la actuación del ICBF debe someterse tanto a los principios que rigen la administración pública (C.P. art. 209), como a los valores y derechos constitucionales que propenden el interés superior del menor. Si ésto no se cumple, la decisión será arbitraria y, por lo tanto, deberá ser revocada.

20. No escapa a la Corte que las normas jurídicas no están en capacidad de prever todos los posibles casos que se presenten en materia de adopciones y, por ende, no pueden determinar, en forma concreta, la manera de resolver, por ejemplo, cada solicitud de adopción. Tampoco puede dejar de advertirse que la regulación del trámite de adopciones no ofrece suficientes elementos para racionalizar este proceso y ajustarlo a los parámetros constitucionales.

No obstante, lo anterior no implica que no existan directrices claras y precisas surgidas de la propia Constitución y de los instrumentos internacionales que han sido mencionados, para inducir una determinada decisión.

En otras palabras, aquellos procesos de adopción respecto de los cuales no exista una regla

precisa de acción – bien porque las normas no se han ocupado del tema o por que la aplicación de las reglas existentes conduce a una decisión abiertamente contraria a los imperativos constitucionales – la actuación no puede quedar librada simplemente al buen juicio del funcionario de turno, sino a la aplicación de pautas claras fijadas por el ordenamiento jurídico que limiten, hasta donde ello resulte posible, la discrecionalidad y la eventual arbitrariedad de la administración.

21. Para el ICBF la adopción de María del Pilar Martínez afecta el interés superior de la menor Audrey Ribant. Como no existe ninguna norma – constitucional, legal o administrativa – que otorgue prelación a la primogenitura sobre el derecho a tener una familia, la entidad apoya su aserto en la aplicación de la teoría de sistemas al ámbito familiar. Según esta tesis, el ingreso al núcleo familiar de un hermano de mayor edad genera, necesariamente, problemas en el desarrollo de los hermanos menores, de manera tal que resulta necesario impedir la adopción.

A este respecto, podría afirmarse que siendo la cuestión debatida de naturaleza técnica, la entidad tiene un grado importante de discrecionalidad que le permite definir, según sus propios criterios, si conviene o no al desarrollo de Audrey la adopción de María del Pilar. En efecto, la solución de esta cuestión no es meramente jurídica sino que requiere de apreciaciones técnicas o científicas que, según esta tesis, resultan judicialmente incuestionables. Esta posición se funda en la teoría de la llamada “discrecionalidad técnica”, según la cual las decisiones técnicas pueden ser abordadas desde múltiples doctrinas y, en consecuencia, dar lugar a variadas decisiones, siendo la administración y no el juez, la encargada de optar, entre las distintas alternativas, por aquella que más convenga a los intereses generales.

No obstante, la teoría de la discrecionalidad técnica ha sido ampliamente cuestionada, hasta el punto de que, en la actualidad, nadie puede, razonablemente, sostener que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial. Nada obsta para que los datos científicos que sirven para tomar una determinada decisión administrativa puedan ser judicialmente controvertidos a fin de precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables. Lo anterior no implica que el juez sustituya a la administración. Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la “discrecionalidad técnica” para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada

su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en la reglas propias de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables.

En consecuencia, cuando la administración adopta una decisión fundada en motivos técnicos debe poder justificarla dentro de parámetros científicos universalmente aceptados. Lo anterior cobra todavía más importancia cuando se trata de decisiones que afectan los derechos fundamentales de los menores y, especialmente, el derecho a tener una familia – el que, como se vio, constituye una condición de posibilidad de los restantes derechos fundamentales. En estos casos, la Administración debe estar en capacidad de demostrar la racionalidad científica de los datos que apoyan su decisión. En este ámbito, no cabe el menor espacio para la especulación administrativa o para la adopción de medidas en atención al criterio subjetivo del funcionario competente. Como lo ha manifestado esta Corporación, las decisiones que restrinjan o limiten el derecho de un menor a tener una familia están sometidas a un “estricto rigor probatorio”.¹⁹

De todo lo anterior puede claramente deducirse que la decisión del ICBF debe poderse justificar en disposiciones jurídicas que regulen directa, indirecta o residualmente la actuación administrativa en materia de adopciones y, adicionalmente, debe contar con una fundamentación científica objetiva y clara.

22. Como ha sido reiterado, en el presente caso no existe ninguna norma – constitucional, legal o reglamentaria – que señale directamente la forma como la Administración debe resolver solicitudes de adopción de menores determinados cuando la familia solicitante tenga hijos de menor edad. Por consiguiente, ante la inexistencia de una regulación directa y explícita de la actuación administrativa, resulta necesario aplicar las directrices y criterios constitucionales y legales, los cuales deben ser tenidos en cuenta para adoptar la correspondiente decisión.

23. La Corte ha indicado que el principio del “interés superior del menor” surge como desarrollo constitucional de decisiones políticas fundamentales respecto al valor que el menor ocupa en las sociedades contemporáneas. A este respecto, la Corporación ha

indicado:

“Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión –, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)”.²⁰

Ahora bien, el interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, 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; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.²¹

24. El ICBF tiene el deber primordial de promover y proteger el derecho fundamental de los menores abandonados o expósitos a tener una familia y a no ser separados de ella. En consecuencia, no sólo debe promover la política de adopciones sino tramitar las solicitudes existentes con la mayor diligencia, eficacia y eficiencia posibles. Sin embargo, la entidad debe rechazar las solicitud de adopción que no se avenga al principio de protección del

interés superior del menor cuya adopción se solicita o de los menores que integran el núcleo familiar que solicita la adopción. Sin embargo, para justificar una medida de tal naturaleza no basta que la entidad mencionada alegue el virtual daño que puede generar el proyecto de adopción de que se trate, toda vez que una decisión como ésta no puede estar fundada en especulaciones provenientes de los funcionarios de turno. Se requiere, por el contrario, que se demuestre, técnica o científicamente, que se cumplen cada una de las cuatro condiciones que fueron enunciadas en el fundamento jurídico anterior de esta providencia.

En este sentido, la Corte ha indicado que “(e)l derecho a tener una familia y a no ser separado de ella exige que cuando se esgrime el interés superior del menor, para exceptuarlo, se demuestre plenamente que este es real, independiente del criterio arbitrario de los padres, y necesario como garantía cierta del desarrollo sano de la personalidad del menor. En realidad, la regla general favorecerá siempre la relación permanente y estrecha de padres e hijos. La excepción a este principio está sometida, por lo tanto, a un estricto rigor probatorio, de modo que sólo resulta admisible cuando el daño que sufriría el menor y su gravedad sean manifiestos y exhiban una intensidad que la haga razonable e indispensable.”²²

En virtud de todas las consideraciones anteriores, la Corte considera que para que la decisión del ICBF sea constitucionalmente aceptable, resulta necesario que la entidad demuestre que la adopción de María del Pilar Martínez va a causar, necesariamente, un trastorno de tal magnitud en el desarrollo de la menor Audrey Ribant que la decisión constitucionalmente correcta sería la de impedir la adopción, así ello implique sacrificar el derecho de María del Pilar a tener una familia.

25. Como fue mencionado en los antecedentes de esta providencia, tanto las autoridades intervinientes como la totalidad de los expertos técnicos que oportunamente remitieron concepto a esta Corporación, cuestionan severamente las razones en las que se funda la decisión del ICBF.

En efecto, de una parte, la Procuraduría Delegada para el Menor y la Familia así como la Defensoría del Pueblo, se oponen rotundamente a la decisión del ICBF y solicitan a esta Sala conceder la tutela de los derechos de la actora y ordenar que continúe el trámite de adopción.

En primer lugar, afirman que el ICBF violó el derecho al debido proceso de María del Pilar Martínez al dejar de escucharla tanto en el trámite de la primera adopción frustrada como en el que se surtió antes de rechazar esta segunda solicitud de adopción. Consideran las autoridades intervinientes que la menor de 16 años tenía derecho a ser oída antes de que se adoptara una decisión que, como la que se debate, define el destino de su vida. En este mismo sentido y sobre la determinación del ICBF de no tomar en cuenta el concepto de la psicóloga Nathalie Jodogne afirmaron, “(n)o considera de recibo la Defensoría del Pueblo que por el hecho de no encontrarse el Instituto adelantando el proceso de adopción, para tomar una decisión tan importante como es la vida misma de una niña, haga caso omiso de una prueba que valorada hubiera dado un rumbo diferente al caso que nos ocupa”.

En segundo término, afirman que no existe ninguna razón, ni jurídica ni científica, que justifique la aplicación de la regla de la primogenitura en casos como el presente. En su criterio, la defensa de la primogenitura no está contenida en ninguna norma – constitucional, legal o administrativa – sino que se deriva de las concepciones puramente personales y subjetivas de los funcionarios del Instituto de Bienestar Familiar. Alegan que tales funcionarios no pueden pretender que la lógica de la familia que adopta un hijo resulte idéntica a la “lógica biológica” de la familia “natural”. En efecto, la sola adopción está imprimiendo características bien distintas a este nuevo núcleo familiar.

Ahora bien, incluso si se intenta simular o reproducir la génesis y conformación de una familia natural, las autoridades intervinientes sostienen que la defensa de la primogenitura no puede ser alegada por el Estado como una razón suficiente para impedir que se recomponga o se disuelva un núcleo familiar o para negarle el derecho a una persona a rehacer su vida. De otra manera, deberían considerarse como disfuncionales y prohibirse o desestimularse no sólo las adopciones de niños mayores sino los matrimonios formados por personas que ya tienen hijos.

Pero si llegare a aceptarse que, al amparo de alguna teoría psicológica, es posible predicar la defensa de la primogenitura, afirman que este principio debe, necesariamente, ponderarse con otros bienes que también deben ser garantizados. En este sentido, deberían existir excepciones a la aplicación de esta regla en aquellos casos, por ejemplo, en los que esté comprobado que la familia está en capacidad de solventar los eventuales conflictos que la adopción de un hijo de mayor edad a los ya existentes puede generar, especialmente si

puede pensarse que, razonablemente, ésta es la única oportunidad de adopción del menor cuya solicitud se realiza.

Sobre esta última cuestión, las autoridades intervinientes advierten:

“Este Despacho, en cumplimiento de sus funciones y observado las actuaciones adelantadas, debe apoyar irrestrictamente a la menor MARIA DEL PILAR MARTINEZ, a fin de que le sean reconocidos plenamente sus derechos Constitucionales, plasmados en el artículo 44 de la Constitución Política. Para que en un futuro no muy lejano, pueda decir que cuenta con una familia; que disfruta del derecho al amor y que tiene en su horizonte un futuro promisorio, con el que aquí no podría contar puesto que una vez cumpla su mayoría de edad – de seguir aquí -, saldría de la Institución que hoy la alberga, sin una profesión u oficio, sin el apoyo de persona alguna que se preocupe por ella, sin ninguna base económica, quedando al arbitrio de su suerte, hecho que hoy sucede a un buen número de jóvenes”.

Y, posteriormente, señalan:

“Si María del Pilar no tiene la oportunidad de entrar a formar parte de la familia Ribant, cuando cumpla los 18 años estará haciendo su 9º grado, muy seguramente verá interrumpidos sus estudios porque no habrá quien la asista afectiva, social y económicamente. Y a qué podrá dedicarse si en las actuales circunstancias que vive el país, hasta para ingresar al servicio doméstico se está exigiendo un bachillerato?”.

A su turno, las entidades técnicas consultadas, que oportunamente remitieron concepto a esta Corporación²³, rechazaron las razones aportadas por los funcionarios del ICBF para negar la solicitud de adopción y avalaron la continuación del mencionado trámite.

En primer lugar, la mayoría de los expertos consultados indicaron que no conocen en la literatura psicológica estudios serios, de naturaleza teórica o estadística, que permitan demostrar que el ingreso a un núcleo familiar de un niño de mayor edad genera, en los otros que ya pertenecían al mencionado núcleo, “crisis, ambivalencias y sentimientos encontrados, dificultando el proceso de integración de un nuevo miembro y la dinámica propia del grupo familiar en general”.

A este respecto, advierten que el ICBF no aporta documento estadístico o teórico alguno en

el cual se sustentan sus afirmaciones. Simplemente, se refiere a la “experiencia previa” sin dar mayores indicativos. Sobre esta última cuestión, los documentos técnicos aportados al proceso coinciden en sostener que, incluso si llegare a ser cierto que han existido experiencias en el sentido indicado, nada permite suponer que las mismas han de repetirse necesariamente y, menos aún, si se han adoptado correctivos o medidas previas de control.

Señalan los expertos que, actualmente, las familias no pueden ser comprendidas bajo la óptica “tradicional” del núcleo compuesto por el padre, la madre y los hijos que sucesivamente van llegando. Hoy en día, es muy común encontrar familias compuestas por un sólo adulto que se encuentra a cargo de uno o de varios menores, que incluso pueden no ser hermanos entre ellos y respecto de quienes aquél puede tener una relación de parentesco distinta de la parental o marital. Igualmente, las familias se recomponen, por ejemplo, por el matrimonio de dos personas que tenían una familia anterior y que tienen hijos de distintas edades. El ICBF, al defender la primogenitura, opta por un modelo de familia exclusivo y excluyente, sin atender a las necesidades o a los derechos que se podrían satisfacer con sólo cambiar de perspectiva.

En este sentido, se cuestiona duramente la práctica de negar la adopción de un menor en virtud de la defensa de principios como el de la primogenitura, sin entrar a estudiar, en cada caso, las circunstancias concretas que podrían permitir la aplicación de excepciones frente al mencionado principio.

En casos como el presente, en el que existe un dictamen psicológico que avala el proyecto de adopción, los expertos consultados consideran que es la familia la que debe asumir los eventuales inconvenientes que supone un proyecto de esta naturaleza, máxime si de él depende la realización de los derechos más preciados del menor cuya adopción se solicita. A este respecto, según testimonio de las personas que intervinieron en el presente proceso y que tienen una notable experiencia en el campo de adopciones, la solicitud formulada por la familia Ribant constituye la última oportunidad de adopción de María del Pilar Martínez.

En suma, de las pruebas recogidas pueden derivarse las siguientes conclusiones:

(1) No existe en el ordenamiento jurídico una norma, principio o directriz que sirva para negar una solicitud de adopción en defensa del derecho de los hijos de la familia adoptante a seguir siendo “los hijos mayores”.

(2) El ICBF no aportó un sólo estudio científico en el que se demuestre – bien a través de la literatura especializada ora mediante datos empíricos – que la adopción de un menor en las condiciones que han sido registradas, genera una perturbación grave del desarrollo de los restantes miembros del núcleo familiar. Tampoco se demostró que, en el caso concreto, sea posible prever un resultado negativo del proyecto de adopción.

(3) Los funcionarios del ICBF no estudiaron las condiciones concretas en las que se encuentra la familia Ribant o cada uno de sus miembros, ni las características de la menor María del Pilar Martínez. Tampoco tuvieron en cuenta los estudios psicológicos realizados por profesionales especializados. En consecuencia, no pueden aportar una sola razón que sirva para justificar por qué, en su criterio, la adopción solicitada afectaría gravemente el desarrollo de la hija menor de la familia solicitante.

(4) Tanto las autoridades públicas como los expertos que intervinieron en el presente proceso, indican que las apreciaciones del ICBF son infundadas y que, pese a que en este caso se presentan los riesgos anejos a procesos de adopción de menores adolescentes, también se dan condiciones suficientes para poder considerar que la familia está en capacidad de tramitar adecuadamente los eventuales conflictos. Añaden que, en casos como el presente, es la familia solicitante y no el Estado quien debe decidir si está dispuesta a someterse a las dificultades e inconvenientes asociados a la adopción.

27. Como lo ha mencionado la Corte, la decisión que impide que un menor sea insertado en un núcleo familiar está sometida a un estricto rigor probatorio, de modo que sólo será constitucionalmente admisible cuando el daño que sufriría el menor – en este caso miembro del núcleo familiar que solicita la adopción – y su gravedad, sean manifiestos y exhiban una intensidad que la haga razonable e indispensable.

No obstante, en el presente caso, el ICBF no pudo demostrar que la adopción de María del Pilar Martínez – de la cual depende la realización de su derecho fundamental a tener una familia –, constituya una amenaza del interés superior de la menor Audrey Ribant. En efecto, la entidad demandada, sobre quien recae la carga de la prueba, no pudo probar que la adopción de María del Pilar amenace un interés real de Audrey Ribant, que sea independiente del criterio subjetivo de los funcionarios del ICBF encargados de tramitar las solicitudes de adopción, y que resulte necesario como garantía cierta del desarrollo sano de la personalidad

de Audrey.

Por las razones anotadas, no puede menos que afirmarse que, en el presente caso, se asiste a la vulneración flagrante del derecho de María del Pilar Martínez a tener una familia en nombre de teorías abstractas cuyo fundamento científico no pudo ser demostrado, y que se aplican indiscriminadamente para decidir la vida de seres humanos sin consideración a los efectos nefastos que puedan aparecer.

Pero, advierte la Sala, que, con su actuación, el ICBF no sólo vulneró el derecho fundamental a tener una familia y los derechos conexos de María del Pilar Martínez, sino que lesionó gravemente la dignidad humana de la actora. Como lo ha reconocido esta Corporación, “(u)na administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, (...), no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado social de derecho (CP art. 1)”²⁴. En el caso que ocupa la atención de la Corte, la Administración aplicó, en el momento de definir el futuro de un ser humano, una tesis que carece de fundamento jurídico y que resulta, al menos, científicamente cuestionable. Pero lo más grave, lo que realmente evidencia la ausencia de criterios de justicia en la actuación del ICBF es que, en nombre de la aplicación mecánica y burocratizada, de una supuesta norma técnica que carece por completo de fundamento jurídico, ninguno de sus funcionarios se hubiese preocupado por indagar si, en las condiciones concretas de la familia Ribant y de la menor María del Pilar Martínez, resultaba razonable o proporcionada su aplicación. Es este el típico caso en el que las normas no están al servicio de los seres humanos, sino que los seres humanos se ponen al servicio de las normas. Nada más contrario a los más esenciales principios de justicia de un Estado Social y Democrático de Derecho.

28. Todo lo anterior, sin considerar que tanto el ICBF como la Defensora de Familia encargada de velar por la defensa de los derechos de la actora, violaron su derecho fundamental al debido proceso al negarle la posibilidad de defender sus intereses en un proceso en el que se estaba definiendo su futuro. Ciertamente, aplicando directrices secretas – en la medida en que no parecen estar publicadas ni resultan susceptibles de ser controvertidas judicialmente – y, sin someterse a las más mínima formalidad, la entidad demandada negó una solicitud de adopción que, como queda registrado en las pruebas solicitadas por esta Sala, es probablemente la última esperanza de María del Pilar Martínez

de tener una familia. Entre tanto, la Defensora de Familia se mantuvo completamente al margen de todo lo ocurrido.

Al respecto, cabe recordar que los artículos 2, 29, 44 y 45 de la Constitución garantizan el derecho de los menores y, en especial de los menores adultos, a participar en los asuntos que los afecten, lo que, por supuesto, incluye defender sus derechos e intereses, bien directamente o a través de apoderado, en los procesos judiciales o administrativos en los que tengan interés legítimo. Pero, incluso, resulta pertinente recordar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, señala:

“Artículo 12:

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

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

29. En el escrito enviado a la Corte, el ICBF justifica su actuación en la necesidad de no sembrar falsas expectativas en la menor sujeto del programa de adopciones. En este sentido, “recrimina” a las personas que informaron a la menor sobre la solicitud de adopción y sobre la decisión que, al respecto, adoptó la entidad demandada. Sin embargo, dicha entidad no repara en el hecho de que una niña de 16 años tiene el derecho y la capacidad de participar activamente en las decisiones que pueden afectarla. Mantener el secreto sobre los trámites de adopción, so pretexto de evitar frustraciones, es una actitud marcadamente paternalista que, en vez de formar al menor adolescente para que ejerza una defensa activa de sus derechos, lo relega a la condición del incapaz pleno, la que – como por arte de magia – deberá superar a los 18 años cuando esos mismos funcionarios, le pidan que se marche de la casa de custodia en la que ha vivido hasta entonces y que constituye su único apoyo moral y material.

En suma, la menor adolescente tenía pleno derecho constitucional de conocer y participar – directamente a través de su defensor o representante – en el proceso de adopción, no sólo porque ello se deriva del derecho fundamental a ejercer la defensa de los propios intereses, sino porque es la única manera de romper la paradoja que consiste en considerar que una persona es plenamente incapaz para aceptar los fracasos y frustraciones hasta los 18 años, pero que, a partir de entonces, estará capacitado para dejar atrás los hogares de custodia y sobrevivir dignamente sin apoyo alguno.

30. El ICBF manifiesta en el documento enviado a esta Corporación que no está de acuerdo con la existencia de solicitudes de adopción dirigidas a adoptar a un menor determinado. Sin embargo, sobre este particular, el Defensor del Pueblo señaló:

“¿[E]stá mal entonces que el vínculo afectivo lo establezcan padrinos con niñas y niños y poco a poco ellos deseen conformar una familia y así se salten al ICBF que decide entre quienes puede y quienes no haber vínculo, y a partir de qué momento? No sería más importante a la hora de decidir por una adopción el hecho de que futuros padres e hijos se conozcan, hablen de su pasado, de sus expectativas si llegan a constituirse como familia? Este cuestionamiento no es fundamental para el ICBF que considera a María del Pilar como ‘objeto del programa de adopción’ y no como sujeta de derechos”.

En torno a esta misma cuestión, la Procuradora Delegada para la Defensa del Menor y la Familia apuntó:

“[S]in conocimiento de causa, no se puede desconocer o negar el vínculo afectivo que se ha podido generar entre la familia Ribant y María del Pilar Martínez y no entiende este Despacho por qué el ente rector del sistema nacional de bienestar familiar y primer abanderado en la defensa y efectividad de los derechos fundamentales de los menores y garante de su disfrute, se opone radicalmente a que una niña, que por fin puede contar con una familia y un futuro promisorio, pueda disfrutar de éstos, que hoy en día se constituyen en privilegios. Más aún, cuando es una verdad a voces que los menores que superan los 7 años de edad no son fácilmente adoptados”.

Encuentra la Sala que no existe una sola norma – constitucional, legal o administrativa –, que prohíba este tipo de solicitudes. Por el contrario, parece razonable, como lo afirma el Ministerio Público, que si en un caso particular existe una relación personal entre un menor

determinado y un adulto o una familia capaz de adoptarlo, aquél o ésta soliciten la correspondiente adopción, siempre que ello se someta a reglas claras, públicas y orientadas por los principios constitucionales que defienden el interés superior del menor.

31. De todo lo anterior, queda claro que una de las razones que explican la violación de los derechos fundamentales de la actora consiste en que el trámite de adopciones no sólo no está adecuadamente reglamentado, sino que tampoco es apropiada y oportunamente aplicado. En efecto, a falta de una reglamentación más clara y mejor ordenada, los funcionarios del ICBF han diseñado una especie de “código técnico” que no se encuentra plasmado en ninguna norma jurídica y, por lo tanto, no sólo no es de público conocimiento sino que tampoco puede ser judicialmente controvertido. De otra parte, la implementación de las normas existentes, actualmente se produce de una manera altamente deficiente. El anterior aserto, lo ilustran, entre otras cosas, las omisiones permanentes de la Defensora de Familia de María del Pilar Martínez ; la falta de preparación – por parte de los funcionarios competentes – de las partes involucradas en la primera adopción a la que fue sometida la actora ; la imperdonable falla consistente en dejar a la actora durante cuatro años por fuera del programa de adopciones ; la violación al debido proceso originada en la realización de procedimientos secretos en los que la menor no tuvo oportunidad de defender sus intereses ; y, por último, una decisión fundada en una convención interna de los funcionarios del ICBF que no encuentra sustento en norma jurídica alguna y cuya aplicación no estuvo sometida a un estudio de caso, que es lo mínimo que puede esperarse de quienes tienen una de las misiones más relevantes dentro del mapa institucional colombiano: defender el interés superior del menor. Todo lo anterior, pone de manifiesto que el Estado no ha asumido, con la seriedad y responsabilidad que se desprende del texto constitucional, la obligación impostergable de diseñar y ejecutar políticas de adopción plenamente sometidas a los imperativos constitucionales y de derecho internacional que ha sido mencionados en el presente documento.

Por las razones anteriores, se ordenará la remisión de copias de la presente decisión al señor Ministro de Salud, así como al señor Director General del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que cada una de estas instituciones, dentro de sus competencias, adelanten las investigaciones pertinentes y adopten los correctivos necesarios para adecuar a los imperativos constitucionales el sistema general de adopciones. Adicionalmente, se instará a la Defensoría

del Pueblo, para que asuma la defensa judicial de los intereses de la menor respecto de los daños que hubiera podido sufrir a partir de la negligencia de los funcionarios públicos que tenían la función de defender sus derechos.

Es necesario que las entidades encargadas de velar por los derechos mencionados en el artículo 44 de la Carta, adopten inmediatamente las medidas necesarias para que, en el futuro, ningún niño pueda ser nuevamente sometido a la desidia institucional a la que fue sometida María del Pilar Martínez.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias de marzo 5 de 1998, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y de abril 3 de 1998, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, CONCEDER, a la actora, la tutela de sus derechos fundamentales a tener una familia y al debido proceso.

Segundo.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 44 y 209 de la Carta, 105 del Código del Menor y en la Resolución 14587 – que ordena el trámite preferencial de la solicitud de adopciones de niños de más de 7 años – continúe, de manera pronta y diligente, el trámite correspondiente a la solicitud de adopción de María del Pilar Martínez, elevada por los ciudadanos belgas Jacques y Brigitte Ribant. Para estos efectos, los funcionarios competentes deberán informar cada 15 días a las instancias competentes de la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, sobre el resultado de los trámites realizados y resolver, con la mayor presteza y diligencia posible, todos los inconvenientes que puedan presentarse en el presente trámite.

Tercero.- Compulsar copias de la presente decisión, al señor Ministro de Salud así como al señor Director General del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, para que cada una de estas instituciones, dentro de sus competencias, adelante las investigaciones que surjan de los hechos que constan en el expediente y adopten los correctivos necesarios para adecuar, a los

imperativos constitucionales, el sistema general de adopciones.

Cuarto.- INSTAR a la Defensoría del Pueblo para que asuma la defensa judicial de la actora a fin de que se aclare si tiene derecho a la correspondiente reparación de perjuicios por los daños que eventualmente le ha podido producir el comportamiento institucional que se ha analizado.

Quinto.- Compulsar copia de la presente decisión a la señora Cónsul General de Colombia en la ciudad de Bruselas (Bélgica), a fin de que, en el menor tiempo posible, surta la correspondiente notificación y entrega a los señores Brigitte Alberte Jeanne Jacqueline Godfroid y Jacques Edmond Jules Philippe Ribant. Según la información que obra en el expediente, la dirección de los esposos Ribant es la siguiente:

Rue de l'Emblève, 8

1160 Bruselas

El señor Jacques Ribant puede ser localizado en su lugar de trabajo:

Banque Degroof

Rue de l'Industrie, 44-B

1040 Bruselas

Tel. 32.2.287.97.57 – Fax. 32.2.230.62.49

Sexto.- LIBRESE comunicación a la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

(Sentencia aprobada por la Sala Tercera de Revisión, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)).

1 La información que se consigna en esta parte de la sentencia ha sido obtenida de los distintos documentos que reposan en el expediente. En particular, debe mencionarse el extenso e importante informe remitido al proceso por la Defensoría del Pueblo, en el que constan declaraciones juramentadas de personas que han acompañado a la actora durante estos últimos años.

2 Sobre la relación existente entre la Menor y su defensora, la Defensoría del Pueblo afirma “Es tal la preocupación y la acuciosidad en su trabajo, que la doctora María Victoria Forero, defensora de familia de María del Pilar que ni siquiera la conoce personalmente, nunca ha hablado con ella, sólo tiene referencia de ésta a través de los informes de la Institución. Cómo puede entonces defender sus derecho?, acaso ha dialogado con ella para saber si quiere ser adoptada, sus razones y deseos de hacer parte de la familia Ribant?” Este tipo de afirmaciones no pueden pasar desapercibidas para la Corte Constitucional. No obstante, no es esta la Corporación encargada de verificarlas. En consecuencia, la Corte ordenará la expedición de copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la correspondiente indagación.

3 A este respecto, la Defensoría del Pueblo afirma: “En este mismo sentido es importante

anotar que día a día los lazos de afecto que unen a María del Pilar con la familia Ribant se consolidan. María del Pilar y la familia Ribant han permanecido en continuo contacto empleando el correo directo y la comunicación telefónica o vía fax. Así, han mantenido comunicación escrita y verbal, colaborando en este último caso el señor Hugo Neira (colombiano residente en Bélgica) como traductor. Las comunicaciones telefónicas han sido bastante emotivas en general para la señora Ribant. Aproximadamente se comunican cada 15 días. La última llamada telefónica efectuada por la familia Ribant fue el 6 de agosto del año en curso; llamada atendida por la directora de la Institución y en la cual solicitaron información sobre el fallo, además informaron que ya tienen toda la documentación necesaria para tramitar el proceso de adopción de María” (Ver anexo N° 5).

4 En este mismo sentido, el Ministerio Público afirma: “El concepto de primogenitura, no se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, ni existe requisito que condicione ninguna solicitud o trámite de adopción a dicha figura. Ello se constata con la revisión del Código del Menor, Sección quinta, del Capítulo Cuarto, Título Segundo. A la fecha, MARIA DEL PILAR MARTINEZ, no ha sido entrevistada personalmente por ninguna de las servidoras del ICBF; es decir no se ha escuchado. Las situaciones que se enuncian en el escrito del ICBF, fueron tomadas del Sistema de información de protección del ICBF y los Informes producidos por la Ciudadela de la Niña. De acuerdo a respuesta dada por el ICBF, la familia Ribant, ni la menor Audrey, han sido evaluadas; ni entrevistadas por funcionario alguno del ICBF; es decir, que no cuentan con una base o estudio serio para afirmar que la llegada de María del Pilar a dicha familia puede generar daño a la niña Audrey y a los mismos padres. La anterior aseveración se hace con base en suposiciones, hechos generales, en especulaciones. La verdad es que el caso en concreto no se analizó y mal se puede conceptuar sobre algo que se desconoce.”

5 La Corte expresa su agradecimiento al Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, a las facultades de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad de la Sabana, al Departamento de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia, al Centro de Recursos Integrales para la Familia – CERFAMI – y a la Fundación Omega, así como a los expertos de cada una de las instituciones mencionadas que colaboraron en la realización de los informes técnicos remitidos oportuna y diligentemente a esta Corporación y elaborados de manera eficiente y desinteresada.

6 En este sentido, el artículo 92 del Código del Menor señala que sólo puede ser adoptado un mayor de edad cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptable antes de que éste cumpliera 18 años. Evidentemente, la actora no se encuentra en esta hipótesis.

7 Así por ejemplo, la Corte ha entendido que someter a una persona de la tercera edad a un proceso ejecutivo para que le sea satisfecho su derecho a la seguridad social, puede implicar que esta nunca encuentre realizado este derecho. En estos casos, se ha concedido la tutela transitoria del derecho al mínimo vital. Cfr., entre otras, las Sentencias T-076/96 (M.P. Jorge Arango Mejía); T-323/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-458/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

8 Sentencia T-100/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

9 La Sala Tercera de Revisión solicitó y recibió el concepto técnico elaborado por profesionales vinculados a las siguientes entidades: Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes; facultades de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana; facultad de psicología de la Universidad de la Sabana; Departamento de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia; Centro de Recursos Integrales para la Familia - CERFAMI -, y, Fundación Omega.

10 DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica. Firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. DECLARACION SOBRE LOS PRINCIPIOS SOCIALES Y JURIDICOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS NIÑOS, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ADOPCION Y LA COLOCACION EN HOGARES DE GUARDA, EN LOS PLANOS NACIONAL E INTERNACIONAL.

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986 (Resolución 41/85). CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL SUSCRITO EN LA HAYA EL 29 DE MAYO DE 1993.

11 Cfr, entre otras, las Sentencias T-523/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-531/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-429/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-500/93 (M.P. Jorge Arango Mejía); T178/93 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-274/94 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-447/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); T-217/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-278/94 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-290/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-383/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

12 SU- 277/93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

13 Cfr. en este sentido, la Sentencia T-323/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

14 Cfr. en este sentido, las Sentencias T-274/94 (M.P. Jorge Arango Mejía) y T- 408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

15 Sentencia T-523/92 (M.P. Ciro Angarita Barón).

16 Sentencia T- 290/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

17 Sentencia T- 217/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

18 Sentencia T-290/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

19 Sentencia T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

20 Sentencia T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

21 Sentencia T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

22 Sentencia T-408/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

23 La Sala Tercera de Revisión solicitó y recibió el concepto técnico elaborado por

profesionales vinculados a las siguientes entidades: Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes; facultades de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana; facultad de psicología de la Universidad de la Sabana; Departamento de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Colombia; Centro de Recursos Integrales para la Familia – CERFAMI – y, Fundación Omega.

24 Sentencia T-499/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).