

Sentencia T-664/12

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario y residual por existencia de otro medio de defensa judicial

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Situaciones excepcionales/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

La existencia de un recurso o mecanismo de defensa judicial no hace per se improcedente la acción de tutela, pues es necesario que el juez constitucional valore en primer lugar, (i) si está demostrada la existencia de un perjuicio irremediable a partir de los parámetros desarrollados por la jurisprudencia constitucional que haga viable el amparo solicitado como mecanismo transitorio o, de otra parte, (ii) si la vía que en principio propone el ordenamiento jurídico no resulta ser adecuada y eficaz para lograr la protección reclamada, caso en el cual el ámbito de protección será definitivo.

HOMOLOGACION DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Contenido

JUEZ DE FAMILIA-Competencia dentro de un proceso de homologación de una resolución de adoptabilidad/HOMOLOGACION DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Alcance de la competencia del juez de familia/HOMOLOGACION DE LA DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD-Objetivo

El objetivo de la homologación es revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso durante la actuación administrativa, por lo que se constituye como “un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por una resolución de adoptabilidad recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, acreditando que las circunstancias que ocasionaron tal situación se han superado y que razonadamente se puede deducir que no se repetirán”. En síntesis, el ordenamiento jurídico colombiano prevé la homologación de la declaratoria de adoptabilidad

ante el juez de familia, el cual debe verificar no sólo el cumplimiento del procedimiento administrativo, sino también velar por la garantía y protección del interés superior de los menores y los derechos de los familiares implicados en las actuaciones administrativas. Es decir, el juez de familia cumple una doble función, por una parte realiza el control de legalidad de la actuación administrativa, pero al mismo tiempo debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el trámite, en especial, debe salvaguardar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes, actuando de esta forma como juez constitucional.

Referencia: expediente T-3.424.916.

Acción de tutela instaurada por el señor XXX1 contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Magistrada Ponente (E):

Adriana María Guillén Arango.

Colaboró: Juan Sebastián Vega Rodríguez.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y por la Magistrada Adriana María Guillén Arango, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos² proferidos por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, el 24 de enero de 2012, y por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 27 de febrero de 2012, dentro de la acción de tutela instaurada por el ciudadano XXX, a través de apoderado judicial, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Ibagué.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos y pretensiones.

1. El día 28 de octubre de 2010 se inició procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de los menores AAA y BBB, dos hermanos colombianos de 93 y 74 años respectivamente, debido al presunto maltrato físico y abandono en el que se encontraban.

2. Como medida provisional de protección los niños fueron separados de su familia y ubicados en hogares sustitutos.

3. Durante el trámite administrativo se practicaron diferentes clases de pruebas (dictámenes, informes, visitas, entrevistas, declaraciones, etc.), de las cuales se concluyó que: (i) XXX, padre de AAA y BBB, padecía de la enfermedad de alcoholismo y maltrataba a los menores; (ii) el núcleo familiar no poseía una vivienda adecuada para el desarrollo de los niños; (iii) no fue posible ubicar a YYY progenitora de los infantes; (iv) en la familia extensa no existían personas que pudieran velar por los derechos de los menores.

4. La Defensora de Familia del Centro Zonal Jordán del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Tolima, mediante Resolución No. 306 del 12 de septiembre de 2011, declaró en estado de adoptabilidad a los niños AAA y BBB, teniendo en cuenta que su progenitor y su familia extensa no eran garantes de sus derechos.

5. El ciudadano XXX se opuso a la medida adoptada y en consecuencia el expediente fue remitido al juez de familia para que decidiera sobre su homologación.

6. El Juzgado Tercero de Familia de Ibagué, mediante providencia del 25 de enero de 2012 no homologó la resolución de adoptabilidad, al considerar que: (i) no se demostró, con el rigor exigido en estos casos, el verdadero estado de salud del señor XXX y mucho menos su presunta enfermedad de alcoholismo; (ii) se constató el interés del padre de recuperar a sus hijos a lo largo del procedimiento administrativo; (iii) no se decretaron pruebas relevantes para el caso, como lo era la recepción del testimonio de la ciudadana NNN, quien fue contratada para que cuidara a los menores; (iv) no se corrió traslado de las pruebas conforme lo indica la ley. Por lo anterior, se ordenó devolver el expediente a la autoridad administrativa para que subsanara las deficiencias probatorias en el término de dos meses.

7. Mediante Resolución No. 28, del 10 de febrero de 2012, la Defensora de Familia revocó de

manera directa la resolución de adoptabilidad y ordenó practicar las pruebas señaladas por el juez de familia.

8. El Juzgado Tercero de Familia de Ibagué, a petición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), prorrogó por cuatro meses el término inicialmente concedido.

9. Luego de recaudar nuevos elementos probatorios, la Defensora de Familia del Centro Zonal Jordán del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) Regional Tolima decidió, mediante Resolución 185 del 30 de julio de 2012, declarar, por segunda vez, en estado de adoptabilidad a los niños AAA y BBB, considerando que: (i) los progenitores no reúnen las condiciones personales, psicológicas, familiares y económicas para cuidar a los menores; (ii) la señora YYY abandonó a sus hijos y al padre de los mismos, debido a la violencia intrafamiliar que se presentaba en el hogar; (iii) el señor XXX posee antecedentes de comportamientos inadecuados para ejercer su rol paterno, por ejemplo se evidenció: (a) la condena impuesta en su contra por el homicidio de su hermano el señor SSS en el año 1994, (b) las denuncias instauradas en su contra por violencia intrafamiliar y (c) los episodios de alcoholismo referidos por sus parientes y vecinos; (iv) los niños han sido sometidos a experiencias y castigos perjudiciales por parte de sus padres, los cuales no contribuyeron a su desarrollo integral ; (v) en la familia extensa no existen personas que puedan hacerse cargo de los infantes; (vi) los niños AAA y BBB no desean volver a convivir con su padre, por temor a ser maltratados; (vi) la medida de restablecimiento más beneficiosa para los menores es permanecer en el ICBF, hasta que sean ubicados en una nueva familia que este en capacidad de garantizarles sus derechos, es decir declararlos en estado de adoptabilidad.

10. El día 31 de julio de 2012, el expediente administrativo fue remitido al Juzgado Tercero de Familia de Ibagué, debido a la oposición presentada por el progenitor de los menores y en cumplimiento a la sentencia, del 25 de enero del año en curso, que ordenó subsanar las deficiencias probatorias evidenciadas.

Teniendo en cuenta los hechos reseñados en los primeros 4 numerales, el accionante manifiesta su inconformidad con el procedimiento administrativo adelantado, argumentando que (i) no maltrata a sus hijos y que sus vecinos pueden dar fe de ello; (ii) que no existe prueba médica que determine que es alcohólico; (iii) que si bien no cuenta con ningún

familiar que pueda cuidar a sus hijos mientras trabaja, está en capacidad de pagarle a una persona para que lo haga; (iv) que su lugar de vivienda es apto para convivir con sus hijos, ya que le fue entregado por la Alcaldía de Ibagué; y (v) que en las oportunidades que ha tenido contacto con sus hijos, ellos le hacen saber que quieren convivir junto a él.

Ante tales acontecimientos, el señor XXX considera que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ha vulnerado sus derechos y los de sus hijos al debido proceso y a la unidad familiar, y en consecuencia solicita que le sean reintegrados los menores.

2. Contestación de la demanda.

El ICBF, después de sintetizar las actuaciones administrativas surtidas con el fin de restablecer los derechos de los menores, señaló que se realizaron los mayores esfuerzos para que los niños regresaran con su familia, lo cual no fue posible, pues los progenitores no eran garantes de sus derechos y no se pudo ubicar algún familiar que estuviera en capacidad de cuidarlos, por lo que la medida más razonable era declararlos en estado de adoptabilidad. Además, señaló que la resolución de adoptabilidad no se encuentra en firme, ya que se está tramitando el proceso de homologación ante el juez de familia.

3. Sentencia de primera instancia.

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, mediante providencia del 24 de enero de 2012, denegó el amparo solicitado, argumentando que la protección de los derechos invocados puede conseguirse por la vía ordinaria, acudiendo al juez de familia y tramitando el proceso señalado en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

4. Impugnación.

El apoderado del accionante impugnó la decisión, argumentando que si bien cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, existe un perjuicio irremediable, pues los menores al ser declarados en estado de adoptabilidad en cualquier momento podrían salir del país. Además, explicó que la actual separación del núcleo familiar afecta los derechos de los menores.

5. Sentencia de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante providencia del

27 de febrero de 2012, confirmó la sentencia de primera instancia, al considerar que se encontraba en trámite un mecanismo judicial idóneo, por lo que la intervención del juez constitucional era improcedente.

6. Actuaciones surtidas en sede de revisión.

6.1. La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del 10 de julio de 2012, vinculó a la señora YYY, madre de los menores involucrados en el proceso.

6.2. Mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación, el día 11 de julio de 2012, el apoderado del accionante manifestó su inconformidad con la dilación en la que ha incurrido el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al no decidir de fondo la situación de los menores, perjudicando de esta manera el restablecimiento de sus derechos.

II. PRUEBAS.

Las partes allegaron al proceso copias de documentos pertenecientes al expediente del trámite administrativo y judicial de restablecimiento de los derechos de los niños, por lo cual la Magistrada Ponente mediante Auto de fecha 19 de junio de 2012, solicitó que se allegaran copias de la totalidad de las actuaciones surtidas en relación con los menores implicados. En respuesta a dicha providencia se recibieron los siguientes documentos:

1. Oficio No. 2448 del 25 de junio de 2012, firmado por el Secretario del Juzgado 3° de Familia de Ibagué, que consta de 33 folios, que incluyen la Sentencia de Homologación de fecha 11 de junio de 2009.

2. Oficio No. 0090661 del 26 de junio de 2012, firmado por el Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Ibagué, que consta de 768 folios repartidos en 4 cuadernos, que contienen copia íntegra del procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos.

Posteriormente, se han recibido copias de las nuevas actuaciones llevadas a cabo en sede administrativa y judicial.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Problemas jurídicos y esquema de resolución.

2.1. Encuentra la Sala los siguientes problemas jurídicos: (i) si es correcta la aplicación del criterio de subsidiaridad por los jueces de instancia, es decir si el trámite judicial de homologación es un mecanismo idóneo para proteger los derechos del accionante y de sus hijos; y (ii) si se configura un perjuicio irremediable bajo el supuesto de que los menores pueden salir del país.

2.2. Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala estudiará, en primer lugar (i) la procedencia de la acción de tutela en relación con el cumplimiento del presupuesto de subsidiaridad; posteriormente (ii) se retomará brevemente la homologación como control judicial del proceso administrativo de restablecimiento de los derechos de los menores; y finalmente (iii) se analizará el caso concreto.

3. La subsidiaridad para la procedencia de la acción de tutela.

3.1. La acción de tutela según la Carta Política, es un mecanismo sumario y preferente, creado para la protección de los derechos fundamentales frente a una vulneración grave o una amenaza inminente. La jurisprudencia ha establecido como requisito básico de procedibilidad la subsidiariedad, que se deriva del inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, en consonancia con el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991; según los cuales la tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

Ese carácter residual o supletorio obedece a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por el legislador a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, en los que también se protegen derechos de naturaleza constitucional. Así las cosas, es errado sostener que la única vía procesal erigida

para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales es la acción de tutela.

3.2. Por lo anterior, la acción de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, salvo cuando el juez constitucional encuentre que se configura un perjuicio irremediable. Al respecto, en la sentencia T-1496 de 2000, esta Corporación profundizó en las características de dicho perjuicio y determinó que se configura cuando existe el riesgo de que “un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico” o un derecho constitucional fundamental sufra un daño. El riesgo del daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos demanda que la medida de protección sea inmediata para evitar el daño.

3.3. Adicionalmente, el Decreto 2591 de 1991 (art. 6°, núm. 1°) dispone que la existencia de dichos medios de defensa judiciales no es suficiente para declarar la improcedencia de la solicitud, por lo cual le corresponde al juez constitucional apreciarlos en concreto en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante y realizando una ponderación que le permita concluir si la vía ordinaria debe ceder ante su falta de efectividad en la protección inmediata de los derechos fundamentales.

3.4. En síntesis, la existencia de un recurso o mecanismo de defensa judicial no hace per se improcedente la acción de tutela, pues es necesario que el juez constitucional valore en primer lugar, (i) si está demostrada la existencia de un perjuicio irremediable a partir de los parámetros desarrollados por la jurisprudencia constitucional que haga viable el amparo solicitado como mecanismo transitorio o, de otra parte, (ii) si la vía que en principio propone el ordenamiento jurídico no resulta ser adecuada y eficaz para lograr la protección reclamada, caso en el cual el ámbito de protección será definitivo.

4. El mecanismo de homologación de la resolución de adoptabilidad.

4.1. En el caso objeto de análisis, los jueces de instancia, consideraron que la acción de tutela interpuesta por el señor XXX es improcedente, porque frente a la resolución que declaró la adoptabilidad de los niños AAA y BBB procede el mecanismo judicial de homologación.

Al respecto, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en sus artículos 1075, 1086 y 1197, señala que (i) si durante la actuación administrativa de restablecimiento de los derechos existió oposición o (ii) si contra la resolución que declara en situación de adoptabilidad a un menor, se interpone el recurso de reposición y aquél es resuelto desfavorablemente o (iii) si se presenta directamente oposición contra la resolución de declaratoria de adoptabilidad, procede frente a la actuación administrativa el mecanismo de homologación ante el juez de familia.

A la par, el artículo 1238 consagra que si el juez de familia evidencia el incumplimiento de algún requisito legal previsto para la actuación administrativa de restablecimiento podrá devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane. Luego de verificado el cumplimiento de dichos requisitos, el juez decidirá si homologa la resolución expedida.

4.2. En relación con el alcance de la competencia del juez de familia en el trámite de la homologación, en sus inicios, esta Corporación mediante la Sentencia T-079 de 19939, al interpretar el contenido del artículo 56 del entonces Código del Menor, que establecía que las decisiones administrativas que determinen en forma temporal o definitiva la situación de un menor de edad están sujetas al control jurisdiccional de los jueces de familia, consideró que dicho control solo debía realizarse sobre el procedimiento y no sobre el fondo del asunto. En esa ocasión la Corte expresó que:

“La declaración de abandono - acompañada de la medida de protección consistente en la iniciación de los trámites de adopción - produce ipso iure la pérdida de la patria potestad (C. del M., art. 60), salvo que se presente oportunamente oposición a la resolución administrativa por parte de las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza o la educación del menor de edad (C. del M., art. 61). La drasticidad de una decisión semejante para la familia y los derechos de sus miembros llevó al legislador a prever el mecanismo de la homologación judicial como garantía judicial de esta clase de resoluciones.

En la misma línea, en sentencia T-293 de 1999¹⁰ se señaló que la homologación “es un control de legalidad sobre la actuación adelantada por los funcionarios del ICBF, instituido para garantizar los derechos sustanciales y procesales de los padres de los menores, o de quien los tenga a su cuidado.”

Sin embargo, recientemente la Corte, en sentencia T-671 de 2010¹¹, expresó que la

competencia del juez de familia en el trámite de homologación no sólo se limita al control formal del procedimiento llevado a cabo en la actuación administrativa, sino que se extiende a establecer si la medida adoptada atendió el interés superior del niño, niña o adolescente. Concretamente se explicó que:

“en el marco del proceso de homologación, la función de control de legalidad de la resolución de adoptabilidad va más allá de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo. Es así, que con presentarse la oposición por parte de los padres o de los familiares o con el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades administrativas competentes, el asunto merece la mayor consideración y adecuado escrutinio de la autoridad judicial con el fin de que exista claridad sobre la real garantía de los derechos fundamentales del niño, la niña o el adolescente involucrado y de su interés superior.”

Dicha posición, fue reiterada por la sentencia T-1042 de 201012, en la cual se señaló que el objetivo de la homologación es revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso durante la actuación administrativa, por lo que se constituye como “un mecanismo de protección eficaz para que las personas afectadas por una resolución de adoptabilidad recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, acreditando que las circunstancias que ocasionaron tal situación se han superado y que razonadamente se puede deducir que no se repetirán.”

4.3. En síntesis, el ordenamiento jurídico colombiano prevé la homologación de la declaratoria de adoptabilidad ante el juez de familia, el cual debe verificar no sólo el cumplimiento del procedimiento administrativo, sino también velar por la garantía y protección del interés superior de los menores y los derechos de los familiares implicados en las actuaciones administrativas. Es decir, el juez de familia cumple una doble función, por una parte realiza el control de legalidad de la actuación administrativa, pero al mismo tiempo debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el trámite, en especial, debe salvaguardar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes, actuando de esta forma como juez constitucional.

5. Caso Concreto.

5.1. En el presente caso se tiene que lo pretendido por el actor mediante la acción de tutela

es que le sean reintegrados sus hijos, para lo cual atacó la Resolución No. 306 de 2011, proferida por la Defensora de Familia del Centro Zonal Jordán del ICBF Regional Tolima, que declaró en estado de adoptabilidad a los menores AAA y BBB.

Al respecto, la Sala considera que los reproches dados a conocer por el peticionario en la presente acción fueron tenidos en cuenta por el Juzgado Tercero de Familia de Ibagué, el cual dispuso no homologar la Resolución de Adoptabilidad No. 306 de 2011 y ordenó subsanar las deficiencias probatorias evidenciadas en el procedimiento administrativo.

Así, mediante providencia del 24 de enero de 2012, se decidió devolver el expediente al ICBF con el fin de determinar si el señor XXX padece de alcoholismo, indicándose que en caso obtenerse resultado positivo se le debe ofrecer el acompañamiento necesario para superar su adicción. Asimismo, se señaló la necesidad de individualizar a los testigos con el objetivo de establecer la responsabilidad que demuestra el accionante en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones como padre. También, se ordenó escuchar en declaración juramentada a la señora NNN, persona contratada para cuidar a los niños, con el fin de determinar su grado de compromiso e idoneidad.

En cumplimiento de dicha providencia, mediante Resolución No. 28 del 10 de febrero de 2012, la Defensora de Familia revocó de manera directa la resolución de adoptabilidad y ordenó practicar las pruebas sugeridas por el juez de familia. De lo anterior se concluye que la vulneración al debido proceso alegada por el accionante fue superada.

5.2. Sin embargo, el 30 de julio de 2012, la Defensora de Familia decidió nuevamente declarar en estado de adoptabilidad a los menores, por lo que la principal pretensión del señor XXX no ha sido resuelta, puesto que sus hijos permanecen a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Frente a esta circunstancia, la Corte considera que existe otro mecanismo judicial idóneo al cual puede acudir el peticionario para proteger sus derechos, el cual es la homologación ante el juez de familia.

En efecto, ante la jurisdicción ordinaria los interesados tienen la oportunidad de manifestar sus inconformidades frente al trámite administrativo, presentar alegatos y solicitar o controvertir pruebas si lo consideran necesario. Además, es una herramienta ágil y efectiva, ya que debe tramitarse con prelación sobre otros asuntos, excepto los de tutela y habeas corpus¹³, y en todo caso el fallo debe proferirse dentro de los 10 días siguientes una vez

recibido el expediente¹⁴.

Por lo anterior la Corte considera que en el presente caso la acción de tutela es improcedente por existir otro mecanismo judicial idóneo, el cual se encuentra en trámite y se presenta como mejor alternativa para proteger los derechos de los menores involucrados en el presente asunto.

5.3. A continuación, le corresponde a la Sala determinar si existe el perjuicio irremediable argüido por el peticionario, el cual consiste en que los menores pueden eventualmente salir del país. Al respecto, la Corte advierte que la resolución de adoptabilidad no se encuentra en firme, lo que impide que los menores puedan ser adoptados y lleguen eventualmente a abandonar el territorio nacional. Además, para que puedan salir del país los niños necesitan permiso de sus padres o en su defecto del defensor de familia, quien debe proferir un acto administrativo, el cual tiene control ante el juez de familia, al que podría eventualmente acudir el señor XXX.

Por otra parte, se podría argumentar que en el presente caso la acción de tutela debería proceder porque los niños son sujetos de especial protección constitucional y su derecho a la unidad familiar puede encontrarse vulnerado. Frente a este argumento, sin prejuzgar sobre la materia y reconociendo que la competencia original para decidir este caso corresponde a la jurisdicción ordinaria especializada en asuntos de familia, la Sala encuentra que en el expediente administrativo reposan declaraciones recientes de los menores en las que manifiestan que no desean regresar con su padre.

Así, en entrevista realizada por la Defensora de Familia¹⁵, en presencia del Procurador Delegado, el día 23 de julio de 2012, a la pregunta ¿usted quiere volver a vivir con su papá? El menor AAA respondió “yo quiero vivir en el bienestar (sic), porque me sacan a jugar, veo televisión, jugamos, no me pegan, porque me tratan bien, me llevan a estudiar, cuando yo vivía con mi papá nadie me ayudaba hacer las tareas, tampoco las hacia (sic) (...)” Igualmente, en relación al deseo de continuar con las visitas que le fueron autorizadas a su padre, el niño manifestó “No señora. Porque a mi me da miedo de él, el (sic) me dice que lo apoye para irnos con el (sic) y yo no le digo nada y yo me quedé (sic) callado, porque no me gusta hablar mucho con él, yo no me siento bien cuando el (sic) me visita, yo no lo quiero ver.”

Por su parte, la menor BBB expresó “quiero vivir con mi mamá y mi papá si están juntos y que no me vuelvan a pegar, con los dos quiero vivir (...), yo no quiero vivir con mi papá solo, porque no quiero que nos pegue a nosotros (...).”

Del análisis de este y de los demás elementos probatorios obrantes en el expediente, considera la Sala que, en virtud de la aplicación del principio de participación de los niños y de su derecho a ser escuchado y tener en cuenta sus opiniones, se desestima la verosimilitud de que en este caso se cierna el riesgo de un perjuicio irremediable sobre los derechos a la unificación familiar del actor y de sus hijos.

5.4. En conclusión, la Sala estima que en casos como el estudiado primero se debe acudir ante el juez de familia y posteriormente, en caso de presentarse una vulneración a los derechos fundamentales, asistir ante el juez constitucional. Por lo anterior, el presente amparo no está llamado a prosperar en virtud del carácter subsidiario que define la acción de tutela.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el fallo proferido, en segunda instancia, el 27 de febrero de 2012, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que confirmó, a su vez, la decisión dictada en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, el 24 de enero de 2012.

SEGUNDO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, mediante auto del diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

3 Fecha de nacimiento: 22 de enero de 2003.

4 Fecha de nacimiento: 1 marzo de 2005.

5 Artículo 107. Contenido de la declaratoria de adoptabilidad o de vulneración de derechos. (...) Parágrafo 1o. Dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la resolución que declara la adoptabilidad podrán oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del niño, niña o adolescente, aunque no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa. Para ello deberán expresar las razones en que se fundan y aportar las pruebas que sustentan la oposición. (...)

6 Artículo 108. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación./ En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil.

7 Artículo 119. Competencia del juez de familia en única instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: 1.

La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. (...) Parágrafo. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.

8 Artículo 123. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil. / Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane.

9 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

11 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

12 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

13 Al respecto ver el pie de página No. 7.

14 El inciso 4° del artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que: "Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días." (Subrayado fuera del texto original).

15 Folios 104 a 108 del cuaderno de Revisión.
