

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

La Corte Constitucional se ha ocupado de establecer algunos requisitos que deben verificarse cuando un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona. En primer lugar, debe manifestar que actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. Y en cuarto lugar, cuando ella sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela. Sin embargo, los anteriores requisitos deben aplicarse en forma flexible, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos no tienen aplicación

Cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes no tienen aplicación, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional. En el caso presente, se encuentra acreditado que la joven a favor de quien se instauró la acción tiene menos de 18 años y, en consecuencia, cualquier persona podía acudir ante el juez constitucional para agenciar sus derechos. Correspondía al juez de tutela, entonces, verificar el cumplimiento de éstos y en caso de vulneración ordenar su inmediato restablecimiento con el fin de lograr su realización efectiva y materializar los principios constitucionales del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como la prevalencia de sus garantías.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos de procedibilidad

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Procedencia de la acción de tutela

El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en

las actuaciones judiciales sino también en las actuaciones administrativas. Lo anterior se desprende del contenido del inciso primero del artículo 29 Superior, que establece que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

DEFECTO FACTICO-Se predica también de los actos administrativos

DEFECTO FACTICO-Dimensión positiva y dimensión negativa

ERROR INDUCIDO O POR CONSECUENCIA COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Configuración

La jurisprudencia constitucional ha determinado que la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada error inducido o por consecuencia se configura cuando una decisión judicial pese a haberse adoptado respetando el debido proceso, y habiéndose valorado los elementos probatorios de forma plausible conforme al principio de la sana crítica, y con fundamento en una interpretación razonable de la ley sustancial, ocasiona la vulneración de derechos fundamentales “al haber sido determinada o influenciada por aspectos externos al proceso, consistentes en fallas originadas en órganos estatales.

La Corte determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por otra parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación, debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas.

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA Y LA PRESUNCION A FAVOR DE LA FAMILIA BIOLOGICA

Uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalecientes del que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política. La Corte Constitucional ha establecido que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad); la prohibición de molestar a las personas en su familia; y la protección de la intimidad familiar. Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos. La regla de la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico. En el mismo sentido, el Código de la Infancia y Adolescencia colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE DIECIOCHO (18) AÑOS-Sustento constitucional e internacional

La calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años. Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral.

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Fundamental

El principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de dieciocho años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa deberá tenerse en cuenta su opinión.

PROCESO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE DECLARACION DE ABANDONO-Defensor de familia del ICBF omitió decretar pruebas relevantes dentro del proceso

DERECHO DEL NIÑO A NO SER SEPARADO DE SU FAMILIA DE CRIANZA

PROCESO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE DECLARACION DE ABANDONO BAJO EL CODIGO DEL MENOR-Defensor de Familia tenía la obligación de escuchar a las personas que asumieron el cuidado y la crianza de la menor de 18 años

PROCESO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE DECLARACION DE ABANDONO BAJO EL CODIGO DEL MENOR-Defensor de Familia no escuchó en declaración a la niña dentro del trámite del proceso

Para la época en que el ICBF adelantó el trámite administrativo para decretar la medida de adoptabilidad, la niña estaba próxima a cumplir los 9 años de edad y su opinión hubiera permitido establecer, especialmente, su relación y la percepción que tenía frente a las personas con las que convivía, opinión que hubiese ayudado a establecer si en su caso se imponía como única forma de protección y realización de sus derechos fundamentales el separarla de su familia de origen, medida que como se explicó en otro apartado de esta sentencia en consonancia con la Constitución y las normas internacionales debe ser excepcional, porque existe la presunción a favor de la familia biológica, presunción que corresponde desvirtuar al Estado, en este caso al ICBF, y en la que la situación de pobreza no es argumento suficiente para romperla.

DEFECTO FACTICO POR VALORACION DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO EN PROCESO DE DECLARACION DE ABANDONO-ICBF valoró las pruebas de manera arbitraria y caprichosa

respecto a la familia extensa de la menor

El ICBF estaba en la obligación de analizar la situación de la familia extensa de la niña y determinar si para la protección de sus derechos se podía optar por otras medidas de protección distintas a la adopción, tales como entregar la custodia a su familia extensa y brindarles el apoyo necesario para preservar dicho vínculo, por ejemplo, apoyo psicológico, terapias familiares, sensibilización a los familiares que cuidaban a la niña; como también brindarle a la menor de dieciocho años todos los cuidados especiales que requería para atender sus necesidades y propender por su desarrollo armónico e integral, sin que ello implicara la separación de su núcleo familiar, como en efecto ocurrió, sin una motivación razonada y evidente para ello. El ICBF no demostró, como ya se señaló en otro aparte de este fallo, que la medida que mejor se ajustaba al restablecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción.

ADOPCION-Carácter irrevocable

Desde la expedición del Código del Menor la adopción es irrevocable teniendo en cuenta que si su finalidad es prodigar al niño, niña y adolescente una familia, es inadmisibles que una vez se han agotado todos los requisitos para que ésta sea procedente, se pueda volver sobre ella. De allí la naturaleza e importancia del procedimiento administrativo especial, en el cual se declara en situación de adoptabilidad a un menor de 18 años, como de la decisión judicial que decreta la adopción, en la medida en que nos encontramos frente la materialización de un derecho fundamental que no puede desconocerse por el querer o voluntad de las partes. No son admisibles situaciones en las que un padre o madre adoptante después de aprobada la adopción y entregado el niño, niña y adolescente considere que pueda hacer “devolución” de su hijo adoptado como si se tratase de una mercancía. La irrevocabilidad de la adopción tiene su fundamento en el plexo de derechos del niño, niña o adolescente, en especial a tener una familia y ser protegido contra toda forma de abandono, artículo 44 de la Constitución.

ADOPCION-Irrevocabilidad no significa que en casos en donde se han desconocido derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia ésta no sea procedente como excepcionalísimo

La irrevocabilidad no se puede oponer cuando las actuaciones surtidas al interior del proceso

administrativo de protección han desconocido los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente. De ahí la importancia de que en este procedimiento, los funcionarios del ICBF como los jueces, evalúen con rigurosidad las pruebas que obran en el expediente; además que tengan en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente y la participación de su familia de origen o extensa. La irrevocabilidad de la adopción implica, igualmente, que la persona o las personas que inician el trámite de adopción ante el ICBF y que solicitan ante el juez de familia competente que decreta la adopción, no pueden evadir sus responsabilidades con posterioridad a dicho proceso; pues una vez en firme la sentencia que la decreta, surgen obligaciones jurídicas tanto para los padres adoptantes como para el hijo o hija adoptiva que señala la legislación civil y que no pueden dejarse de lado por la voluntad de las partes, como sucede con todas las relaciones filiales, pues, como ya se indicó, el proceso de adopción es una medida que busca proteger a la niñez y adolescencia en nuestro país para realizar efectivamente su derecho fundamental a tener una familia, y en esa medida, dicho trámite se efectúa atendiendo al interés superior de los menores de dieciocho años y no a las expectativas que puedan tener los adoptantes; entenderlo así, sería instrumentalizar y desnaturalizar la figura jurídica de la adopción, como también, permitir que las expectativas de los padres adoptantes acerca del nuevo integrante de la familia, en caso de no llegar a ser correspondidas, abra la posibilidad para que su reintegro al ICBF como si se tratara de un objeto, pues dicha circunstancia, desde cualquier punto de vista, transgrede el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como también desconoce el carácter prevalente de sus derechos.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO “ERROR INDUCIDO”- Juez de Familia dio continuidad y ratificó actuación irregular por parte del ICBF en proceso de adopción

La labor del juez exige el desempeño de un papel activo y comprometido con la tarea de proteger y propender por la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de dieciocho años. En consecuencia no se puede seguir admitiendo que los jueces de familia en un proceso que es de la mayor trascendencia para un verdadero restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes funjan como simples testigos de la actuación del ICBF. No, su actividad tiene que ir más allá y hacer uso de sus poderes oficiosos para decretar pruebas y lograr un verdadero convencimiento sobre las decisiones que están llamados a tomar. En el caso concreto, el Juez de Familia se conformó

con verificar que el proceso administrativo se había desarrollado; que en él participó la madre biológica de la niña y que por demás había dado su consentimiento para que fuera adoptada, para declarar la adopción, actuación ésta que por lo general adoptan todos los jueces de familia quien descargan su función protectora y garantizadora de los niños, niñas y adolescentes en los funcionarios del ICBF.

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Vulneración por ICBF al dar en adopción a niña de 9 años quien siempre manifestó su deseo de vivir con la familia biológica

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Orden al ICBF de dejar sin efecto resolución de adopción de menor de 9 años adelantada de manera irregular

Referencia: expediente T-2.538.409

Acción de Tutela instaurada por Paulina, en representación de Sofía contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y el Juzgado Noveno de Familia del Circuito Judicial de Ciudad Verde.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el primero (01) de diciembre de dos mil nueve (2009) por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la Sentencia del trece (13) de octubre de dos mil nueve (2009) de la Sala de Casación Civil de

la misma Corporación, que negó la tutela invocada por Paulina, en representación de Sofía, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y el Juzgado Noveno de Familia del Circuito Judicial de Ciudad Verde.

Aclaración previa

Teniendo en cuenta que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de dieciocho años que fue declarada en situación de adoptabilidad a pesar de que contaba con familia biológica extensa que hubiera podido asumir su cuidado, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, ha ordenado suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma el nombre de la joven y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarla. En consecuencia, para efectos de identificar a estas personas y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, ha preferido cambiar los nombres reales de la adolescente y sus familiares por nombres ficticios¹, los cuales se escribirán en letra cursiva y no se usarán apellidos. Los nombres serán los siguientes:

Sofía: joven que fue declarada en situación de abandono y, posteriormente fue entregada en adopción a Susana.

Paulina: tía abuela que interpuso la acción de tutela en representación de Sofía.

Andrea: madre biológica de Sofía

Carlos: padre biológico de Sofía

Nancy: abuela materna de Sofía

Miguel: abuelo materno de Sofía

Nilet: tía abuela que castigó a Sofía

Doris: tía abuela que entregó a Sofía al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Hernando: bisabuelo de Sofía

Ofelia: bisabuela de Sofía

Luz: prima de Sofía

Adriana: hermana por línea materna de Sofía

Liliana: madre sustituta 1 de Sofía

Susana: madre adoptante de Sofía

Macondo: municipio en donde vivía Sofía junto a su familia biológica extensa.

Ciudad Verde: lugar al cual fue trasladada Sofía por su tía abuela Doris

Belén: lugar ocasional en el que vivía Sofía con su tía abuela Nilet

Ana: prima de Sofía

María: Tía abuela de Sofía

Sol: municipio al que en alguna oportunidad se desplazó Sofía

Lucía: madre sustituta 2 de Sofía

Aranjuez: Centro Zonal del ICBF en donde fue entregada Sofía

Verona: periódico en el cual se realizaron las publicaciones respectivas dentro del proceso de protección que estaba adelantando el ICBF.

Toledo: ciudad de donde se desplazó el equipo interdisciplinario para realizar la visita domiciliaria en Macondo.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos (02) del diecinueve (19) de febrero de dos mil diez (2010) escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD DE TUTELA

El 21 de agosto de 2009 la señora Paulina, actuando en representación de Sofía, quien es menor de dieciocho años, instauró acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y el Juzgado Noveno de Familia del Circuito Judicial de Ciudad Verde, con la finalidad de proteger los derechos de la joven a tener un hogar, a no ser separada de su familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión.

La accionante sustenta su solicitud en los siguientes:

1. HECHOS

1. Sofía nació el 04 de febrero de 1995 (cd.2, fl.89).

1. La niña no fue reconocida por su padre, y su madre, Andrea, se la entregó a la señora Nancy, abuela materna de la niña, a los 52 días de nacida (cd.2, fl.2).

1. Al fallecer la señora Nancy, la niña quedó al cuidado de su abuelo materno, Miguel, de sus bisabuelos, y tíos y tías maternos (cd.2, fl. 2 y 20).

1. El 14 de enero de 2004, la señora Doris, tía-abuela de la infante, la sacó por medio de engaños de la residencia familiar -ubicada en el municipio de Macondo- y dos días después la entregó al ICBF, Centro Zonal de Aranjuez, en el municipio de Toledo. Al entregarla adujo que Sofía no tenía a nadie que se hiciera cargo de ella, ya que los familiares con los que contaba

se hallaban en situación de pobreza extrema y que la niña era objeto de malos tratos y estaba expuesta a abusos sexuales (cd.2, fl.1, 20 y 21). Para esa fecha la infante tenía 8 años y 11 meses de edad.

1. Como consecuencia de lo anterior, el ICBF la ubicó provisionalmente en un hogar sustituto mientras adelantaba el trámite de restablecimiento de derechos y la respectiva declaratoria de abandono y adopción (cd.2, fl.20).

1. El trámite referido culminó con la expedición de la Resolución No. 064 del 31 de julio de 2004 (cd.2, fl.20-30), sin que, a juicio de la accionante, el defensor de familia realizara “una investigación exhaustiva con la familia extensa de la menor, y basada en la obtención de un consentimiento no idóneo constitucionalmente por parte de la madre biológica, por cuanto no se cumplió con los requisitos exigidos legal y constitucionalmente para su otorgamiento (...)” (cd.2, fl.2).

1. Manifiesta que durante el tiempo que Sofía permaneció en el hogar sustituto, su abuelo, el señor Miguel, viajó a Toledo para solicitar al ICBF la entrega de su nieta, pero “los servidores públicos encargados del caso le negaron la solicitud y todo contacto con la menor. De igual forma, a Sofía se le negó establecer contacto con su familia, permaneciendo así en una especie de ‘cautiverio’ perpetrado por parte del ICBF” (cd.2, fl.2).

1. Alega que a los familiares que criaron a Sofía no se les brindó suficiente información ni se les dio la oportunidad de comunicarse con ella durante el trámite administrativo adelantado por el ICBF (cd.2, fl.3).

1. En relación con lo anterior, sostiene que el comunicado de prensa que hizo parte del trámite referido, se publicó en un periódico de baja circulación y cobertura -el periódico Verona- que no llega a las zonas rurales del departamento donde reside la familia biológica

de la infante (cd.2, fl.3).

1. Relata que de conformidad con la sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde, el treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005) (cd.2, fl.31-32), el ICBF entregó en adopción a Sofía reconociendo como madre adoptante a la señora Susana, por lo que la joven actualmente tiene esos apellidos (cd.2, fl.3, 31-32).

1. Manifiesta que el proceso de adaptación familiar de la niña a su nuevo hogar no fue exitoso, ya que “desde los primeros días empezó a exigir que la llevaran donde sus abuelos y familia de crianza, con quienes había desarrollado profundos vínculos afectivos, lo cual continuamente expresó de diversas maneras, entre ellas, escribiéndonos cartas, las cuales se anexan” (cd.2, fl.3).

1. Señala que al ser sustraída de su hogar mediante engaño “exacerbó su comportamiento difícil, impulsivo y desafiante, no atendiendo las normas básicas de comportamiento en la escuela ni en el hogar (...) por esta razón, fue Evaluada por varios psicólogos y una neuropsiquiatra, quienes diagnosticaron en la menor [de dieciocho años] hiperactividad, déficit de atención y oposicionismo desafiante.” (cd.2, fl.4).

1. Como consecuencia de los comportamientos descritos, el 12 de noviembre de 2005 la madre adoptante solicitó al ICBF que la niña fuera puesta en contacto con su familia biológica y que se revisara el estudio socio-familiar que dio origen a la declaratoria de abandono, “dado que las inconsistencias e incoherencias de la información y la reiterada solicitud de la niña de que la llevaran a su familia indicaban que se había presentado una irregularidad en el proceso administrativo en el que se hizo la declaratoria de abandono” (cd.2, fl. 4).

1. Igualmente, la madre adoptante interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia mediante la cual se decretó la adopción; el que mediante decisión del diez (10) de diciembre de dos mil siete (2007), la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde declaró infundado (cd.6, fl.23-36).

1. Sostiene que el ICBF hizo caso omiso a la solicitud realizada por Susana, madre adoptante de Sofía, y por el contrario, inició el trámite administrativo correspondiente para entregarla nuevamente en adopción (cd.2, fl.4).

1. Manifiesta que Sofía ha estado incomunicada desde el 14 de enero de 2004 y alejada de su hogar de crianza durante más de 5 años. De igual manera, a la madre adoptante también se le ha negado el contacto con la niña desde noviembre de 2005. La accionante considera que la actuación del ICBF es arbitraria, ya que no se fundamenta en norma legal alguna (cd.2, fl.4 y 5).

1. Concluye alegando que no era procedente la declaración de abandono y considera que el Defensor de Familia y su equipo interdisciplinario amañaron la información recogida, sin fundarse en pruebas debidamente practicadas que dieran soporte a la decisión de entregar a la niña en adopción. Igualmente, señala que existen falencias en la valoración de la prueba en la medida que el equipo interdisciplinario del ICBF “no se desplazó a Macondo a realizar un estudio psico-social y a examinar el contexto familiar de la menor, a pesar de lo cual y sin tener contacto con ella, dictaminaron en contra de la familia de origen de SOFÍA. Independientemente de lo anterior, la psicóloga y la trabajadora social de Macondo si realizaron visita a la residencia de la familia extensa y sin embargo, no llegaron a las deplorables conclusiones que sostuvo el equipo interdisciplinario de Toledo, pues simplemente constataron que la madre no es apta para tener a la menor y mencionan que los abuelos viven de ayudas familiares y sociales, lo cual es abiertamente falso, dado que la familia es propietaria de una pequeña finca cafetera que le proporciona lo necesario para la subsistencia.” (cd.2, fl.9 y 10)

1. PRETENSIONES

Mediante acción de tutela, la señora Paulina pretende:

1. Que se dejen sin efecto los trámites administrativos adelantados por el ICBF, así como la sentencia de adopción No. 039 del 31 de enero de 2005, proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde por configurar una vía de hecho “por defecto fáctico, error por consecuencia y desconocimiento del precedente constitucional”.

1. Que en consecuencia de lo anterior, se ordene la modificación del registro civil de la menor de edad para que lleve los apellidos de su familia biológica.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 25 de agosto de 2009 el Tribunal Superior de Ciudad Verde, Sala Segunda de Decisión de Familia, recibió la solicitud de tutela, y el 03 de septiembre de la misma anualidad la admitió y ordenó integrar el contradictorio por pasiva, vinculando a Andrea, Susana, Miguel, Hernando y Ofelia.

1. Contestación de la señora Susana

El 09 de septiembre de 2009, en respuesta a la tutela incoada, la madre adoptante manifestó:

1. Que recibió a Sofía cuando tenía 9 años de edad y desde ese momento hasta la fecha en la que la reintegró al ICBF, “reclamó a su familia de crianza” a quienes llamaba “mi familia

propia” y a quienes constantemente les escribía cartas y grababa mensajes (cd.6, fl.169). Dichos elementos fueron entregados en el año 2006 a la Personería de Ciudad Verde para que tramitara una acción de tutela que fue denegada por improcedente tanto en primera como en segunda instancia² (cd.6, fl.37-99).

2. Que en diversas ocasiones Sofía expresó sentir dolor por estar separada de su familia, “por haber sido engañada y sacada de su hogar fraudulentamente por la tía religiosa, Doris, quien le dijo a la niña y a su familia, que la traería a pasear a Ciudad Verde y viajaron de Macondo el 14 de enero el 2004. Sin embargo dos días después, el 16 del mismo mes, la religiosa la entregó al ICBF, sin haber consultado con su familia” (cd.6, fl.169).

1. Que Sofía le solicitaba frecuente e insistentemente que le permitiera volver junto a su familia y se mostraba disgustada, con rabia, rencor y resentimiento, situación que puso en conocimiento de la psicóloga del ICBF, Rubiela Grisales, quien le indicó que eso era producto del proceso de adaptación. Añadió que ante la persistencia de ese comportamiento, solicitó en mayo de 2005 evaluaciones neuropsicológicas a especialistas que no pertenecían al ICBF, quienes diagnosticaron “Oposicionismo Desafiante o Sociopatía combinado con Hiperactividad y Déficit de Atención”. Anotó además, que la niña presentaba trastornos en su comportamiento desde temprana edad, sin que haya documentación clínica que de cuenta que durante el año 2004 hubiera recibido tratamiento alguno por parte del ICBF (cd.6, fl.169 y 170).

1. Alegó que la forma en la que la niña fue alejada de su hogar fue puesta en conocimiento del grupo regional de adopciones del ICBF con la finalidad de aclarar dudas y de poner a Sofía en contacto con su familia. Sin embargo, tal solicitud no fue atendida y por el contrario, recibió múltiples acusaciones por parte de los funcionarios del ICBF, quienes la culparon de los trastornos que padecía, especialmente la trabajadora social, quien “siempre mostró una actitud hostil y acusatoria hacia mí, así como de reprimir a SOFÍA ante sus expresiones espontáneas de afecto hacia su ‘familia propia’ y su deseo de reencontrarse con ellos” (cd.6, fl.170).

1. Insistió en que el comportamiento de Sofía empeoró cuando conoció la sentencia de adopción y su nuevo registro civil. Desde entonces hizo más recurrente la exigencia de ver a su familia y con frecuencia empacaba su maleta para irse a Macondo, lo cual sugiere el profundo significado y vínculo afectivo con ellos (cd.6, fl.170).

1. Por otro lado, destacó que cuando reintegró a la niña solicitó al ICBF que se realizara una visita a la familia de origen para clarificar la información sobre su caso. Ante la negativa de dicho instituto, resolvió “solicitar a dos profesionales (un psicólogo y un abogado) que visitaran la familia de la niña, visita que se realizó los días 2 y 3 de diciembre de 2005, con el objeto de recoger información que permitiera clarificar la información. Los datos que ellos aportaron corroboraron los relatos que había hecho la niña acerca de la forma como fue sacada de su familia” (cd.6, fl.171).

1. Anotó que en los talleres realizados por el ICBF para preparar a los futuros padres adoptantes, se les informó que los niños son declarados en abandono y dados en adopción sólo cuando se ha hecho una amplia indagación con la familia y se comprueba que no hay ningún familiar que pueda ocuparse de él. Igualmente, que se les informó que en caso de encontrar un familiar que no cuente con recursos económicos suficientes para la manutención del menor de edad, el Estado a través del ICBF, aporta un subsidio para que éste pueda permanecer en su grupo familiar (cd.6, fl.171).

1. Finalmente, solicitó que se tuviera en cuenta el significado y la trascendencia psicoafectiva que para Sofía tiene su familia de crianza y en consecuencia, se concediera el amparo de los derechos invocados por la señora Paulina.

1. Contestación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

1. El 09 de septiembre de 2009, por intermedio de su director regional, el ICBF manifestó que no hubo vulneración alguna de los derechos fundamentales de Sofía, pues el instituto actuó de conformidad con las declaraciones rendidas por la tía de la niña, Doris y por su madre, Andrea. Por el contrario, considera que a la menor de edad se le han brindado el cuidado y la ayuda psicológica requeridos, después del fallido acoplamiento con la madre adoptante (cd.6, fl.174 y 175).

En consecuencia, sostiene que las actuaciones del ICBF se ajustaron a derecho y garantizaron los derechos fundamentales de la menor de dieciocho años, de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 de la Constitución Política (cd.6, fl.175).

1. Con relación a la sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde el treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), señaló que no se configura un defecto fáctico y que no es ésta la oportunidad legal para solicitar la modificación de un acto administrativo, toda vez que la familia extensa de Sofía, al ser notificados de la Resolución N° 064 de 2004 mediante la cual se declaró el abandono, no hizo uso de los recursos procedentes en ese momento (cd.6, fl.176).

2. Por último, resaltó que la acción de tutela resulta improcedente para atacar las actuaciones del ICBF, pues con ella se busca sustituir los instrumentos legales “dispuestos en el derecho de la infancia y la adolescencia y el derecho de familia; prueba de ello, es la información sesgada dada al despacho de la presente acción, todo ello, para simular la inexistencia de otros mecanismos jurídicos en la solución del conflicto planteado” (cd.6, fl.180).

1. Contestación del señor Miguel

El 09 de septiembre, vía fax, el señor Miguel, se limitó a manifestar: “(...) la niña me la arrebatron forzosamente tratándose de un paseo que supuestamente le ofreció la señora Sor Doris dándola en adopción, ya que aprovechó el momento en el que yo me encontraba desarrollando mis labores como agricultor, quiero que me la devuelvan al hogar ya que toda

la familia aclama la presencia de ella. No entendemos la razón o el por qué no nos dejan comunicar con ella, todos tenemos el derecho de hablar con nuestros familiares.” (cd.6, fl.204).

1. Debe precisarse que el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde y las demás personas con quienes se dispuso integrar el contradictorio por pasiva guardaron silencio (cd.6, fl.207).

1. ACTUACIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE CIUDAD VERDE

Mediante Auto del once (11) de septiembre de dos mil nueve (2009), la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde resolvió escuchar a Sofía, Susana, Miguel y Paulina.

1. Declaración de Sofía

En audiencia del 16 de septiembre de 2009, la joven declaró ante la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde lo siguiente (cd.6, fl.225-227):

“PREGUNTADA: Bajo juramento diga quién es su madre adoptante, si ha tenido o no problemas con ella, desde cuando y en que han consistido / CONTESTO: mi madre adoptante se llama Susana, me adoptó en el año 2005, si he tenido problemas con ella, como ella casi no estaba conmigo, se dedicaba al trabajo, yo era muy rebelde con ella, entonces yo empecé a decirle que me iba para Macondo para donde mis papás, los problemas que empecé a tener con ella fueron como a los tres meses de haberme adoptado, yo le contestaba muy feo y era muy desobediente con ella. PREGUNTADA: Diga, si lo recuerda, ¿Qué contacto tuvo usted con su señora madre adoptante durante el proceso y gestiones referidas a su adopción? CONTESTO: antes de ser adoptada yo no hablaba con ella, me dijeron que me iban a adoptar, me dijeron el nombre y el álbum de la familia de ella, yo vine a hablar con ella la primera vez fue cuando me llevaron...que me iban a entregar a ella, en ese momento no tuve

inconvenientes con ella, inicialmente la fuimos bien, ella me atendía bien y yo me comportaba bien. Al principio cuando llegué a la casa de Susana todo estaba bien, empezó a llevarme a la finca de ella y me presentaba a los amigos de ella, me sacaba mucho, me daba gusto, me sentía bien con ella, ella me daba estudio, me metió en un colegio muy bueno (...) yo estaba muy bien, sólo duré un año con ella, durante ese año pasé bien con ella por ahí dos meses, porque ya empezaron los problemas, porque ya ella no me dedicaba tiempo a mi, entonces ya era trabajando y me puso señora de servicio, entonces yo le hacía pataletas, le desobedecía, le reclamaba que porque no estaba conmigo y Susana me decía que tenía que trabajar, (...) por eso se fueron creando los problemas porque yo era muy desobediente y agresiva con ella y entonces ella me empezó a meter con psicólogos y a darme Ritalina dizque porque supuestamente yo era hiperactiva, porque yo soy muy normal, esas pastillas no me hacían bien a mi sino que más me 'embobaban', entonces yo le contestaba, le preguntaba que porque me las daba y ella me decía que me las tenía que tomar, me daba como cuatro o cinco pastilla en el día, desde que yo empecé con la agresividad hasta que me entregó me daba las pastillas (...) yo le recalcabas mucho a ella que me quería ir para Macondo para donde mis papás que porque ellos me querían y que no me habían abandonado, los que consideraba mis papás eran mi abuelito Miguel y mi tía Paulina, yo a veces cogía la maleta y le decía a Susana que me iba a ir para allá y entonces ahí fue cuando ella empezó a decir que me iba a entregar que porque a ella le habían dicho mentiras porque yo no era la hija que ella había querido, que a ella le habían dicho que yo era una niña muy juiciosa, obediente, que me gustaba mucho el estudio pero que eso no era así entonces Susana empezó a meter abogados para que me devolvieran a Bienestar Familiar para que Bienestar Familiar se encargara de devolverme a mi familia (...) entonces ella me dijo cuando me fue a entregar, yo le prometo que le ayudo para que vuelva donde su familia, ahí terminó, me entregó. PREGUNTADA: ¿Qué relación ha tenido Usted Con la señora Susana desde cuando ésta la entregó a Bienestar Familiar y que nexos ha tenido con quienes inicialmente fueron sus familiares de sangre? CONTESTO. Ninguna relación he tenido con doña Susana desde que me entregó, sólo hasta hace poquito que Bienestar Familiar me dijo que ella estaba dizque poniendo tutelas para que me dejaran ver (...) Con mis iniciales familiares de sangre tampoco me volví a ver, porque Bienestar me dijo que ya ellos no eran mi familia, que me olvidara que porque legalmente no eran mi familia y que porque mi mamá Andrea había dado una firma para que me dieran en adopción. PREGUNTADA: Bajo juramento diga si usted se siente pertenecer o ser familiar de la señora Susana / CONTESTO: yo le

agradezco mucho a ella que me brindó su hogar, pero sentirme familia de ella no, yo me siento familia pero de la biológica, como mi abuelito, mi tía, mis primos, mis tíos, que esos son mi familia, yo compartí con ellos hasta los ocho años, yo no viví con mi madre biológica Andrea porque el esposo que ella tiene no lo permitía, yo viví siempre en la casa de mis abuelos, desde muy pequeña me fui a vivir a la casa de mi abuelo Miguel que queda en Macondo y con mi abuelita Nancy que ya falleció, entonces antes de morir mi abuelita me dejó a cargo de una tía mía llamada Nilet, entonces me fui a vivir a la casa de ella que queda en Belén, y allá también yo era muy desobediente con ella, duré como un año con ella en Belén y entonces fue y me entregó a mis bisabuelos, Hernando y Ofelia, me entregó allá y yo viví como dos años o tres allá con ellos y mi papá, o sea mi abuelo materno, Miguel me iba a visitar, entonces mi tía Nilet como se fue a vivir también a Macondo subía mucho a la casa de mis bisabuelos y cualquier cosa que nosotros hacíamos mala nos pegaba con un lazo, Nilet a mi y a mis primas y ya hasta que en diciembre del 2003 nos comimos unas galletas sin permiso entonces mi tía Nilet se dio cuenta y nos pegó muy duro y entonces yo tenía una tía que era monja y es monja de nombre Sor Doris y entonces como ella fue y como nos vio a mi y a mis primas tan aporreadas, entonces me dijo que me iba a llevar a un paseo a Ciudad Verde, yo tenía ocho años, me dijo que empacara las maletas y sin decir nada allá en la casa me trajo, me dejó un tiempo en el convento y el 16 de enero del 2004 me entregó a Bienestar Familiar, por lo que yo escuché le dijo a Bienestar Familiar que no me dejara tener ningún contacto con la familia (...). PREGUNTADA: ¿Qué más tiene para agregar? CONTESTO: a mi me gustaría mucho volver para donde mi familia biológica que está en Macondo, que ojala se conceda.”

1. Interrogatorio de parte a Miguel, Paulina y Susana.

El 16 de septiembre de 2009, la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde citó a audiencia para practicar interrogatorio de parte a Miguel, Paulina y Susana (cd.6, fl.228-233).

1. El señor Miguel manifestó:

“PREGUNTADO: Bajo juramento diga lo que le conste en relación con todo lo que tiene que ver con la adopción de la menor Sofía. CONTESTO: la verdad es que yo de Sofía de la adopción no se nada, porque a ella se la trajeron de la casa sin autorización de mi persona, la niña estaba en el momento en que se la trajeron donde el otro abuelito Hernando, que es bisabuelo de Sofía, estaba ahí junto a la casa mía en Macondo (...) como las casas eran cerca entonces ella vivía en conexión con nosotros, pero la niña estaba a cargo mío porque la ‘mamita’, Nancy había muerto, entonces yo salí a trabajar y la dejaba con ellos ahí y de ahí fue de donde se la trajeron, se la trajo la señora, monja o señorita, Doris, no recuerdo cuando hace, porque hace mucho que me la envolataron, no se porque se la trajo porque a mi no me dijo nada ni a ninguno le dijo en casa, simplemente dijo en la casa que se la iba a traer a Ciudad Verde a pasear. Esa niña la castigó una tía de nombre Nilet y debido a esa ‘pela’ que ella le dio porque se comió unas galletas se la trajo la monja. La mamá de Sofía es una hija mía que se llama Andrea que cuando la tuvo, al mes o mes y medio se la regaló a la mamá de ella que se llama Nancy y al papá que llama Miguel, nosotros levantamos esa muchachita desde cuando nos la entregó y a la edad de seis o siete años fue que la monja se la trajo. PREGUNTADO: Qué nexos ha tenido usted con la menor Sofía desde que ésta fue traída de su casa y que actividad ha realizado usted o Andrea para recuperarla? CONTESTO: ninguna relación he tenido con Sofía porque desde ese momento no volví a saber de ella, si estaba en el Instituto o si la tenía en el convento hasta ahora que me enteré porque el abogado me llamó para que viniera a una audiencia que tenía con ella. (...) A mi lo que me dijo este abogado que yo conseguí, me dijo yo averiguo para ver donde está, para colaborar con eso, el abogado se llama Santiago. Yo no se que actividad hizo la mamá de Sofía, porque yo fui ... a un Instituto con papeles de la niña y míos a decirle que pasaba porque la monja había llamado a Macondo a la señora Lucelly ... y le dijo que la niña no se la había querido recibir en ese momento que la había dejado en la acera que me dijeran a mí o a la mamá Andrea y la monja se había confundido mucho cuando no se la recibieron que ella la había largado y la había dejado ahí, que fuéramos por ella, la monja es tía de Sofía. PREGUNTADO: Bajo juramento diga si usted conoce a la persona que adoptó a la menor Sofía, y qué relaciones ha tenido con ella? CONTESTO: no la conozco ni he tenido relación con ella, la acabé de conocer y eso porque ella se me presentó.” (cd.6, fl.228 y 229)

1. La señora Paulina manifestó lo siguiente:

“PREGUNTADA: Bajo juramento diga lo que le conste en relación con todo lo que tiene que ver con la adopción de la menor Sofía. CONTESTO: La niña Sofía la entregó la hermana mía, Sor Doris a un Instituto de Bienestar Familiar dizque porque llegó a la finca con unos dulces y unos recatos que llevó para celebrar en diciembre y Sofía se le comió esos dulces sin permiso entonces otra hermana mía llamada Nilet la castigó con un lazo, entonces esa fue la ofensa y la razón para que la religiosa se la trajera, me dijo que le empacara ropita a la niña y que le echara un registro de nacimiento en donde está Aranjuez que porque ella se la iba a traer de paseo a Ciudad Verde y eso hace que no la veíamos, hace seis años que no la veíamos porque no nos dejaban comunicar con ella, no nos decían donde se encontraba la niña nada, hasta el cabo de los años, hace por ahí de seis a ocho años nos dimos cuenta que la niña la tenía la señora Susana que dizque la había adoptado, en Macondo nos dimos cuenta por una llamada que hizo la misma niña Sofía llamó al celular de otra niña mía llamada Luz, habló con ella y le dijo que la había adoptado esa señora Susana con los apellidos de ella, pero que ella quería volver al seno del hogar donde nosotros la habíamos criado. PREGUNTADA: ¿Qué nexos ha tenido usted con la menor Sofía desde que ésta fue traída de su casa y que actividad ha realizado usted o la señora Andrea para recuperarla? CONTESTO: Yo no volví a hablar con la niña desde que se la trajeron, la única que habló con ella fue mi otra hija Luz cuando Sofía la llamó y le dijo que la nueva mamá de ella era Susana (...). Yo hablé con la mamá de Sofía, Andrea hace veinte días y me dijo, tía usted por qué puso esa tutela, entonces yo le respondí es que nosotros queremos que la niña Sofía vuelva al seno del hogar de nosotros y que le cambien esos apellidos ...por ... que son los apellidos legales y ella me dijo yo estoy de acuerdo tía con lo que usted haga. Andrea no ha hecho ninguna gestión por recuperar a Sofía.” (cd.6, fl.230)

1. Finalmente, la señora Susana manifestó:

“PREGUNTADA: Bajo juramento diga por qué adoptó usted a la niña Sofía, exprese si tuvo o no problemas con ella y a partir de cuándo CONTESTO: yo hice la adopción porque tenía el deseo de ser madre y realicé todo el proceso que exige el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el año 2004, prácticamente todo el 2004 fue el proceso de preparación que exige la institución el cual consiste en unos talleres que se realizan con el instituto, esos talleres fueron en ocho sesiones con los psicólogos, trabajadores sociales y grupo de padres

potenciales adoptantes y adicionalmente todos los procesos administrativos y entrega de documentación que la institución exige. En noviembre de ese año o sea del 2004 me hacen la entrega de la ficha de Sofía como niña que habían elegido para la adopción por mi parte en la cual describe las características de ella y las condiciones familiares y se especifica que no tiene familia que se ocupe de ella, yo acepté la oferta que me hicieron y el 22 de diciembre de ese mismo año me hacen la entrega de la niña. Desde los primeros días de haberla recibido ella empieza a insistir que le permita hablar de su familia y a preguntar porque le han quitado a su familia, hace muchos relatos de cómo fue sacada de su hogar y dice textualmente que fue sacada engañada. Paralelamente a esto ella muestra un comportamiento muy difícil, de mucha rebeldía, digamos desobediente, reclamando permanentemente porque no podía ver a su abuelo a quien ella llama el papá que me crió. Todo esto lo informé al ICBF, especialmente lo relacionado con el comportamiento y la psicóloga de la institución la señora Rubiela Grisales me explicaba que eso era un problema de la adaptación. Yo iba regularmente al instituto desde el momento que me la entregaron durante enero, febrero y marzo del 2005 para darles información sobre la situación y siempre la respuesta era que ella no tenía familia, que la familia la había abandonado y que las dificultades de comportamiento se debían a la adaptación. En mayo de 2005 yo solicité evaluaciones neuropsicológicas a otros psicólogos por fuera del ICBF, dado que ella tenía también mucha dificultad de comportamiento en el colegio (...) en las cuales también se detectó el vínculo familiar tan fuerte que existía entre ella y su familia de origen y el reclamo permanente de la niña a que fuera llevada a su hogar yo tomé la decisión de reintegrarla al instituto solicitándoles que revisaran el estudio sociofamiliar porque se veían fallas en el que se había hecho como base para la declaratoria de abandono. (...) PREGUNTADA: diga si usted se puso en contacto con los familiares biológicos de Sofía, cuando ésta permanentemente los reclamaba. CONTESTO: nunca, todas las inquietudes de ella las transmitía al ICBF a los funcionarios encargados de adopciones y cuando la reintegré, e incluso en comunicaciones anteriores y en reuniones con la defensora Alejandra Restrepo, la trabajadora social Beatriz Gómez, les solicité que revisaran el estudio familiar y el día del reintegro, por escrito, solicité que buscaran la forma de ponerlos en contacto, o sea a la niña con su abuelo, padre de crianza que así lo llama ella y todo su grupo familiar. El ICBF no atendió la solicitud y en comunicación escrita en noviembre de 2005 especifican que la solicitud no será tomada en cuenta porque ellos consideraban que el estudio ya se había hecho. (...) En diciembre de 2005, creo que 2 y 3 de diciembre le solicité a uno de los psicólogos que la había evaluado y

tratado a Sofía, el doctor Raúl Salamanca, si podía ir a visitar la familia de ella para saber si lo que Sofia había informado de que había sido sacada de su hogar de manera fraudulenta o engañada era cierto y poderle dar información a la Personería de Ciudad Verde (...) de esa visita se realizó un informe y se tomaron grabaciones las cuales para mi sorpresa, todo lo que Sofía me había contado era verdad. Se encontró que la familia en ese momento no tenía ninguna información sobre Sofía, ellos relataron que el 14 de enero de 2004 una monja familiar de ellos se la había traído a pasear a Ciudad Verde. Sin embargo en el ICBF el ingreso de Sofía fue el 16 de enero de 2004, es decir, dos días después de habérsela traído. También relataron que el señor Miguel acompañado de un familiar de nombre Alipio, vinieron a las oficinas del ICBF en Toledo a reclamar a la niña pero no los atendieron (...) PREGUNTADA: Diga que tiene para agregar. CONTESTO: (...) Sobre la información que el ICBF me entregó encontré a lo largo del 2005 ya muchas inconsistencias, una: el perfil psicológico de la niña en cuanto a su comportamiento no correspondía con lo que había sido éste tanto en su temprana infancia como en el hogar sustituto durante el 2004. El ICBF no me proporcionó la información sobre el observatorio del alumno de la escuela de Macondo y de la escuela de Aranjuez durante el 2004 cuando estuvo en el hogar sustituto, donde actualmente estudia, Consejo de Aranjuez y los informes psicológicos de la psicóloga del ICBF son totalmente distintos a los anteriores, o sea a los observatorios del alumno en las escuelas. (...) Otra inconsistencia: el informe del ICBF dice que la niña no tiene familia, que no hay vínculos familiares con su familia de origen, que no hay quien se ocupe de ella, pero los relatos de Sofía y su afectividad por su familia era tan profundo que daba cuenta de que existía un nicho familiar con vínculos afectivos fuertes, y si un niño fuera abandonado no tendría referentes afectivos que ella manifestaba permanentemente, tanto verbal como escrito mediante cartas que escribía para su familia indicando su afecto y que estaban en una vereda de Macondo, estos vínculos fueron visualizados en los análisis neuropsicológicos ya mencionados." (cd.6, fl.231-233).

1. Mediante Auto del diecisiete (17) de septiembre de dos mil nueve (2009), la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde se declaró sin competencia para tramitar la acción, al considerar que, como consecuencia de la revisión de la sentencia de adopción del treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005) por parte de la Sala de Cuarta de Decisión, era necesario integrar el contradictorio con la mencionada sala. En consecuencia, y con la finalidad de evitar futuras nulidades, dispuso la remisión del expediente a la Corte Suprema de Justicia (cd.6, fl.234 y 235).

1. ACTUACION ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante Auto del veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009) admitió la tutela de la referencia y ordenó su notificación a las autoridades accionadas.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia de la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 por medio de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Aranjuez, declara en situación de abandono a una menor de edad y se ordena una medida definitiva de protección (cd.2, fl.20-30).

1. Copia de la Sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde, mediante la cual se decreta la adopción de la menor Sofía (cd.2, fl.31-32).

1. Copia de la sentencia del diez (10) de diciembre de dos mil siete (2007), proferida por la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde, mediante la cual se declara infundado el recurso de revisión formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde el 31 de enero de 2005 (cd.6, fl.23-36).

1. Copia de la acción de tutela presentada por la Personería de Ciudad Verde contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Defensoría de Familia, Centro Zonal Aranjuez

y de las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas dentro de la misma (cd.6, fl.37-99).

1. Copia del registro civil de nacimiento de Sofía (cd.6, fl.100).

1. Copias de las cartas escritas por Sofía a diversos miembros de su familia extensa (cd.6, fl.101-115).

1. Copia del informe de evaluación neuropsicológica y de la visita social realizada a Sofía y a su familia biológica, solicitado por su madre adoptante, Susana (cd.6, fl.116- 136).

1. Copia de un informe rendido por la psicóloga del Comité Privado de Asistencia a la Niñez – Hogares Sustitutos sobre el expediente de Sofía después de la adopción y su reingreso al sistema de protección (cd.6, fl.188-203).

1. Informe integral de Sofía, realizado por el equipo profesional del Comité Privado de Asistencia a la Niñez (cd.7, fl.79-101).

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mediante sentencia del trece (13) de octubre de dos mil nueve (2009), la Sala de Casación

Civil de la Corte Suprema de Justicia denegó la solicitud de amparo de los derechos invocados por la accionante, al considerar improcedente la acción de tutela debido al incumplimiento de los requisitos de subsidiaridad e inmediatez de la acción (cd.7, fl.26). Al respecto, el juez a quo constitucional señaló:

1. Que la calidad de agente oficiosa con que actúa la señora Paulina no puede tener acogida en el presente caso, teniendo en cuenta que una vez concretada la adopción, los nexos del adoptado con su familia de sangre se extinguen y, por disposición legal, su nueva familia viene a ser la del adoptante, mientras no sobrevengan nuevas circunstancias que coloquen al niño o niña en un estado diferente. Por esta razón, al extinguirse los lazos filiales con la familia biológica, “no puede, legal y válidamente, persona alguna, consanguínea o no, estar agenciando derechos del menor y menos en el propósito de restituirlo al seno de estos últimos, pues, itérase, por disposición normativa, tal proceder no está permitido, no hay derecho alguno que pueda vindicar la antigua familia para reclamar al adoptado. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de sobrevenir una situación que viabilice el estado propicio para que sea nuevamente adoptado, asunto que en el caso sub judice no acontece”. Por lo anterior la Sala negó las pretensiones de la familia consanguínea de Sofía (cd.7, fl.23).

1. Empero, pese a lo anterior, manifestó que los documentos allegados al expediente no ofrecen claridad en torno a la forma como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ha adoptado, con la prontitud e idoneidad debidas, los procedimientos necesarios para restablecer plena y verdaderamente los derechos de la menor citada, pues, de un lado, aceptó que la madre adoptante ‘restituyera’ a la adoptiva a dicha entidad amén que recibió su consentimiento para que la niña fuese dada nuevamente en adopción, habilitando que hubiese hecho dejación de sus compromisos como tal; y de otro, por no agotar los procedimientos necesarios para encontrar la solución adecuada y definitiva a la situación de la menor; contrariamente, ha mantenido indefinidamente a la niña en un evidente estado de afectación emocional, máxime que ella, en reiteradas oportunidades, ha expresado su interés de encontrar una familia que la quiera” (cd.7, fl.24).

Además, señaló que a pesar de la negación de la acción de tutela, era necesario requerir al

ICBF para que informara a esa Corporación sobre aspectos relacionados con el restablecimiento de derechos de la joven como: “i) en qué circunstancias reales se encuentra la menor Sofía. La anterior precisión comprenderá la situación jurídica, psicológica, sociológica y física; ii) se procederá a realizar, a la menor, una evaluación con los profesionales que corresponda, con el propósito de determinar el estado psicológico, afectivo y emocional. En especial lo relativo a la actitud frente a la situación vivida, tanto con respecto a la adopción como a la frustrada relación con la madre adoptante. De dichos resultados y de manera pormenorizada, se rendirá a la Corte el respectivo informe; iii) así mismo deberá suministrarse información sobre el estado y desarrollo académico de la adolescente, dando cuenta de sus fortalezas y debilidades, amén de si ha habido necesidad de refuerzos y cuál la razón para ello; iv) el Defensor de Familia indicará, en especial, qué planes se han agotado con la menor en el proceso de formación moral, cultural, física e intelectual; si se han limitado a los estudios básicos de primaria o secundaria o han sido complementados con otras actividades y cuáles; v) también deberá indicar qué proyectos de vida ha implementado o tiene previsto implementar el Instituto para Sofía, tanto frente a su actual situación como para el futuro; vi) se precisará si para la menor Sofía tener contacto con la familia consanguínea o la adoptante, tiene repercusiones favorables o desfavorables y cuál su dimensión. Por supuesto que según los resultados de esta valoración, el Instituto procederá de inmediato a adoptar las medidas tendientes a estimular o neutralizar esos contactos”.

1. IMPUGNACIÓN

Mediante apoderado judicial, el 21 de octubre de 2009, la señora Susana impugnó la decisión de primera instancia (cd.7, fl.50-55), por las siguientes razones:

1. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se limitó a establecer “que la inexistencia de un vínculo familiar entre la señora Paulina y Sofía es impedimento para que aquella actuara agenciando los derechos de la menor con fundamento en el inciso 2 del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. Apreciación judicial que ciertamente no es de recibo en la medida que no es requisito para actuar en calidad de agente oficioso de otra persona acreditar

vínculos filiales con ésta” (cd.7, fl.50).

1. La conclusión según la cual únicamente los familiares son quienes pueden agenciar los derechos fundamentales de un miembro de su familia, desnaturaliza la figura de la agencia oficiosa. Desde su perspectiva, “la teleología de la agencia oficiosa en materia de la acción de tutela consiste en la solidaridad que un tercero manifiesta activando la jurisdicción constitucional con la finalidad de que se amparen los derechos de una persona que no los puede hacer valer por si misma.” (Resaltado del texto original) (cd.7, fl.50).

1. Destacó que Sofía no se encuentra en la posibilidad de promover por sí sola la defensa de sus derechos y que la solicitud de tutela fue ratificada por la niña en la declaración rendida ante el Tribunal Superior de Ciudad Verde. Lo anterior, a su parecer, permite concluir que la señora Paulina sí podía ser agente oficiosa. (cd.7, fl.52).

1. En el proceso de revisión de la sentencia de adopción y en las declaraciones de los miembros de la familia biológica de Sofía el 16 de septiembre de 2009, se ratificó que el ICBF le entregó en adopción una niña “que había sido sustraída arbitrariamente de su hogar por su tía-abuela, la religiosa DORIS, lo que subyace al rechazo de la menor a la adopción. (...) Un hecho importante a resaltar es lo sucedido en el Tribunal en el momento de las audiencias: mientras el encuentro de SOFÍA con su abuelo y padre de crianza MIGUEL y su tía PAULINA fue conmovedor y lleno de felicidad, el Defensor de Familia encargado de la menor, llamó por teléfono a SOFÍA para reclamarle por su asistencia al Tribunal, y enfatizarle que no debía declarar dado que si ella volvía a tener sus apellidos originales perdería la herencia que yo como madre adoptante le debía dejar cuando muriera” (cd.7, fl.52).

1. Con relación a la información requerida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al ICBF, solicita que las evaluaciones sean realizadas por profesionales idóneos y neutrales que no pertenezcan a dicho instituto, en la medida en que durante el trámite de

tutela se han visto las incoherencias e inconsistencias de la información que dicha entidad ha aportado en los diferentes procesos (cd.7, fl.53).

1. Finalmente, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se conceda la tutela de los derechos fundamentales de la menor Sofía (cd.7, fl.54).

1. CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN PROFERIDA POR LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Teniendo en cuenta que durante el trámite del recurso de apelación, el ICBF remitió el informe integral de Sofía que fue ordenado por la Corte Suprema de Justicia como juez de tutela, se considera importante su reseña en este apartado. El documento tiene fecha del 29 de octubre de 2009 y fue suscrito por el coordinador del grupo jurídico, en el cual se destacan los siguientes aspectos de la valoración que se efectuó a la joven Sofía el 22 de octubre. (cd.7, fl.79-101):

“INFORME DESDE EL AREA SOCIAL

Motivo de ingreso:

Sofía ingresa a protección debido a que una tía que es monja llamada Doris la entregó al ICBF refiriendo que ella no contaba con ninguna ayuda para asumir los cuidados de la niña, la mamá la abandonó y dejó en manos de la abuela materna Nancy cuando la niña tenía 54 días de nacida; cuando ésta falleció la dejó bajo los cuidados de una tía materna llamada Nilet de quien aducían maltrato hacia la niña.

Sofía fue dada en adopción el 22 de diciembre de 2004 y reingresa a protección al ICBF el 11 de noviembre de 2005, después de haber sido devuelta por la madre adoptante.

Antecedentes del proceso:

(...) Desde el área social el 21 de noviembre de 2007 se realizó la evaluación de ingreso a la ONG PAN donde la madre sustituta refirió que Sofía llegó a su hogar en el 2004, fue adoptada

por la señora Susana el 22 de diciembre de 2004 y el 11 de noviembre de 2005 fue devuelta de adopción. La cuidadora refirió que cuando la niña ingresó por primera vez llegó con moretones en la espalda, estaba delgada, temerosa y tímida; posteriormente logró adaptarse a las normas del hogar.

Con respecto a los antecedentes familiares Sofía ha referido que ella no vivió con su madre Andrea porque el compañero de convivencia de la mamá llamado Alberto no la aceptó en el hogar, además su mamá dio el consentimiento para que ella fuera adoptada. Sofía recuerda a sus abuelos maternos Nancy y Miguel como las personas más significativas a nivel afectivo para ella; pero desde el fallecimiento de la abuela Nancy, ella no contó con ningún familiar que asumiera sus cuidados y protección. Con respecto a su presunto padre refirió que cree que se llamaba Carlos pero desconocía más datos de él. Además de recordar el abandono de su madre, recuerda el maltrato físico, verbal y psicológico por parte de su tía abuela materna llamada 'Nilet'. (...)

Después de que Sofía tuvo contacto con su familia de origen, en septiembre de 2009, propiciado por el juzgado, la joven ha manifestado al área social que no quisiera irse a vivir con ellos debido a que ella ha percibido que en ellos casi nadie estudia, ni trabaja y le quedó muy marcado que su tía Paulina le manifestó que si iba a vivir con ellos pediría a la alcaldía de Macondo para que les den el uniforme del colegio, además refirió que Luz hija de Paulina y Ana hija de Nilet al parecer están metidas con las drogas.

Proceso de Sofía en el hogar sustituto:

El hogar sustituto donde está ubicada Sofía está compuesto por la madre sustituta Liliana de 38 años de edad, su esposo Yobani Alberto Flores Hincapié y 5 niñas del programa de ICBF que son Karen de 9 años de edad, Esmeralda de 8, María Ángel de 2 años, Estefani de 1 año y Sofía de 14 años. En este hogar se ha logrado percibir que existe un vínculo afectivo fuerte de Sofía con la madre sustituta, con el padre sustituto la relación es más distante y de poco vínculo afectivo; en relación con las otras niñas que también están bajo protección aunque hay buena relación, se presenta en algunas ocasiones rivalidad por el amor de la madre sustituta.

Concepto social

INFORME DESDE EL ÁREA PSICOLÓGICA

EVALUACIÓN PSICOLÓGICA GENERAL DE LA JOVEN

(...) Sofía es una joven que demuestra tener un yo suficiente, el cual está en proceso aún de maduración e integración de las experiencias pasadas y actuales, se mueve desde una organización que permite que su yo logre mantener el equilibrio ante las adversidades y estímulos positivos que le presenta la realidad, no se puede olvidar que la joven está pasando por el ciclo evolutivo de la adolescencia época en la cual se da la búsqueda de sí mismo y de la identidad, la tendencia grupal, evolución sexual, contradicciones sucesivas en todas las manifestaciones; es una etapa donde se reencuentra con los viejos fantasmas que quedaron rezagados en la temprana infancia a partir de las experiencias vividas en el pasado; a continuación se hace un análisis de las funciones yoicas en Sofía.

Prueba de Realidad: En Sofía se observa distinción entre estímulos internos y externos, se evidencia negación ocasional de la realidad externa al servicio de la adaptación. Hay precisión en la percepción de acontecimientos externos incluyendo orientación en tiempo y en espacio.

Juicio: En cuanto a la anticipación de las probables consecuencias de la conducta, se observa que es una joven en proceso de maduración donde su ciclo vital la adolescencia está marcado por emociones intensas, adicionando además los últimos acontecimientos que tienen que ver con una parte crucial de su vida, podría por ello como es comprensible tener errores ocasionales en la valoración de su propia conducta pretendida y la de los demás. El juicio social y emocional se aproxima a niveles apropiados, pudiendo caer en algunos excesos, lo cual es plausible por su momento evolutivo actual.

Sentido de Realidad del mundo y del yo: La joven no pierde conexión con los eventos externos, reconoce su realidad, en casos de cambios radicales en el ambiente puede tener una perspectiva alterada de la realidad externa, pero logra reorganizarse. No se evidencian hasta el momento trastornos en el sentido de la realidad del yo, del cuerpo o de la imagen corporal. Por su etapa adolescente no se puede hablar de una identidad consolidada, sin embargo se observa una identidad más o menos estable, aunque su autoestima ha sido golpeada por los eventos de su historia de vida, el sentido de la identidad puede fallar cuando las circunstancias externas y las personas son desconocidas y novedosas.

(...)

Dominio – competencia: actualmente se encuentra que Sofía posee capacidades para obtener un mejor desempeño en el ámbito académico sin embargo los resultados no son los esperados, demostrando una postura pasiva o de manipulación pasiva, manifestando que hasta el momento las herramientas y las habilidades que ella posee son dominadas en forma deficiente. Se observa que Sofía no confía en ella, parece devaluar sus propios esfuerzos, lo cual se observa como consecuencia de una autoestima baja y sentimientos de culpa presentes en la joven. (...) Se detecta el sentimiento de abandono, el cual la lleva a ocultar su dolor detrás de un rostro siempre sonriente, acudiendo a sonrisas fingidas que se expresan a través de gestos exagerados y muecas, lo cual se evidencia en su regulación y control de impulsos (...).

Sofía deja ver fijación con el pasado, reflejando una percepción de la figura materna como un ser aislado, con el cual no logra entablar una relación cercana, como si las dos veces que la tuvo cerca (madre biológica y madre adoptante) percibió ausencia de compromiso, desconexión, lo cual revisando con su historia es congruente, ya que la madre biológica no estuvo comprometida en su proceso de crecimiento mientras Sofía vivió con la familia de origen. Se logra dilucidar demanda de afecto, busca una figura masculina como el padre que la apoye y el amor incondicional de una madre ya que a través de sus experiencias no se ha propiciado la introyección de una figura materna incondicional, cariñosa, cercana; sólo a través de la madre sustituta se ha logrado un acercamiento hacia una madre más benévola. (...)

La joven no asume la responsabilidad de sus actos, por su tendencia opositora, Sofía no tolera una autoridad impositiva, sin embargo todo el tiempo está poniendo a prueba a quien ella identifica como la persona que debe tener el control. (...) Por la situación de desprotección y carencia de amor por la que ha pasado Sofía, no le ha sido posible desarrollar adecuados mecanismos de afrontamiento, acudiendo a refugiarse en un falso self que pretende mostrar una imagen de fortaleza en el que se esconde una niña asustada, temerosa y herida.

SOFÍA EN RELACION CON SU FAMILIA DE ORIGEN:

Dentro del trabajo realizado con la joven en la evaluación de esta área se ha encontrado la

no elaboración del abandono materno teniendo la percepción de no ser querida por su madre, una herida profunda que yace en su alma y con el paso del tiempo se hace más intensa, se puede observar que esto ha sido avasallador para ella, ya que no tiene una madre protectora y buena introyectada, lo cual puede hacer de su mundo intrapsíquico algo amenazante. (...).

Durante el tiempo de trabajo sobre este tema, la joven recuerda con afecto a los abuelos y bisabuelos mientras que resalta la figura de la tía materna como una persona a quien recuerda con resentimiento y ha introyectado como agente persecutor, al cual identifica fácilmente con figuras de autoridad autoritarias; siendo esta tía la protagonista de sus relatos, dejando ver con claridad que fue una persona que le hizo daño a nivel físico y psíquico.

SOFÍA EN RELACION CON FAMILIA ADOPTANTE

(...) Dentro de lo que relata Sofía, la joven hace énfasis que pasaba mayor tiempo con la empleada del servicio o al cuidado de terceras personas que con la Señora Susana, ya que sus obligaciones laborales demandaban de gran parte de su tiempo, los puntos de encuentro era en las noches y no siempre se daba, porque a veces la madre adoptante llegaba cuando Sofía ya estaba dormida; no recibía muy bien las demostraciones de afecto de Sofía, la reprendía, dejando ver una vez más una posición fría por parte de la señora Susana. A través de los relatos de Sofía deja ver una madre perfeccionista, con una gran necesidad de control, poco emocional y más bien racional, dirigida hacia el logro, competitiva, poco flexible, con objetivos claros y definidos, por lo tanto sus acciones buscan la consecución de los mismos.

(...) Por otro lado, Sofía pone en evidencia una situación que se lee como acecho por parte de la señora Susana al informar que una cuñada de ella llamada Cecilia vive por el sector, y cada vez que la ve no pierde oportunidad para hablarle de la madre adoptante y reprimirle el hecho de que el proceso se haya frustrado, le informa la situación actual de la madre adoptante y busca generar sentimientos de culpa. (...) Dentro del proceso que se ha estado llevando con Sofía se observa que la joven conserva esperanzas de poder reparar los acontecimientos y restaurar la imagen inicial de la señora Susana como la de una madre suficientemente buena. Se aprecia que Sofía hacia la madre adoptante experimenta sentimientos de amor, decepción de sí misma, y posee la necesidad de pedir perdón a esta

persona, lo cual es consecuente con los sentimientos de culpa presentes en ella (...)

CONCLUSIONES

Se observa que Sofía no ha logrado elaborar la pérdida de su familia de origen ni tampoco la pérdida de su familia adoptante, sintiendo que una promesa intrínseca que se realizó con la adopción, no se cumplió, quedó nuevamente inmersa en el sistema de protección, bajo la condicionalidad que esto a nivel afectivo implica.

Por parte de la familia sustituta la joven se ha sentido apoyada, se observa una relación cercana con la madre sustituta; el hogar sustituto se ha convertido en un soporte fundamental para Sofía, quienes la han acompañado en su proceso desde que ingresó al ICBF por primera vez y a su reingreso por devolución al sistema de protección después de haber sido adoptada.

Sofía se cubre en una postura de agresión cuando se siente vulnerada, Evaluada, desaprobada, ya que ella busca la aprobación de las figuras criterio, puesto que se sintió desvalorizada por dichas figuras en sus primeros años al ser sometida al abandono de su madre desde muy temprana edad, sometida a castigos físicos que desaprobaban los comportamientos normales de una niña de su edad, quien busca jugar, divertirse y aprender y por último se enfrentó a una madre adoptiva exigente quien la desaprueba y pone en tela de juicio sus capacidades; Sofía sufrió una gran herida narcisista por parte de los seres que debían protegerla, por lo tanto ella ve fácilmente el mundo, la autoridad, las figuras de poder como amenazantes.

(...)

Teniendo en cuenta los anteriores elementos mencionados, se considera que no es conveniente que la joven tenga contacto con su familia de origen ni con la familia adoptante, representada por la señora Susana, ya que dentro de lo que se ha trabajado con la joven, el acercamiento al expediente del caso de Sofía, se puede observar una familia de origen, con escasos elementos protectores y presencia de factores de riesgo, ya que no logran propiciar estabilidad económica, seguridad en cuanto a una vivienda, alimentación adecuada, educación académica y en fortalecimiento de valores que contribuyan a la consolidación de un proyecto de vida digno. (...) El mantener contacto con alguna de las dos familias podrá ir

en detrimento de la consolidación de un proyecto de vida claro, resolución del pasado de Sofía y serán factores de riesgo para la joven debido a las falencias emocionales que posee las cuales se han explicitado en este informe.” (subrayas fuera de texto)

1. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION LABORAL

Mediante Sentencia proferida el primero (1) de diciembre de dos mil nueve (2009), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la sentencia de primera instancia (cd.8, fl.12). En sustento de su determinación consideró lo siguiente:

1. La solicitud de amparo reclamada no está llamada a prosperar, en la medida en que tal y como lo señaló el juez a quo constitucional, los lazos filiales del adoptado/a con su familia de sangre se extinguen con la adopción, razón por la que no pueden, aunque se trate de personas consanguíneas, agenciar sus derechos. (cd.8, fl.9).

1. Igualmente, indicó que “no se puede conceder el amparo deprecado desconociendo las disposiciones legales que gobiernan en materia de adopción, de tal forma que no es a través de la acción de tutela que se pueda obtener una solución a su situación, cuando en los aludidos asuntos y defensa de los mismos derechos fundamentales de aquellos menores, es celosa la Ley” (cd.8, fl.10).

1. Además, resaltó que el ICBF allegó un completo informe sobre la situación de Sofía, señalando que no era recomendable que tuviera contacto con la familia biológica o adoptiva, ya que ello podría generar factores de riesgo para la consolidación de un proyecto de vida claro para la menor de dieciocho años (cd.8, fl.11).

1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante auto del ocho (08) de junio de dos mil diez (2010) suspendió los términos del proceso, ya que era necesario disponer de más elementos probatorios con base en los cuales tomar una decisión, por lo que resolvió (cd.10, fl.46):

“PRIMERO.- ORDENAR que se oficie al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Zona Aranjuez, municipio de Aranjuez, regional Aranjuez, para que dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes, contados a partir de la notificación del presente auto, informe:

1. Desde qué fecha exacta la niña se encuentra a su cargo y cuál es su sitio actual de ubicación.

1.Cuál es la situación actual de la niña desde los puntos de vista jurídico, físico y psicológico.

1. Desde el punto de vista social, con qué tipo de personas se le permite o ha permitido mantener contacto regular: su madre adoptante, abuelo, tía abuela o miembros de su familia extensa.

1. Qué mecanismo jurídico concreto propone el ICBF para proteger el derecho fundamental de la niña “a tener una familia y no ser separada de ella” (art. 44 de la C.P.).

(...)

TERCERO.- CITAR a la niña SOFÍA, para ser entrevistada por el despacho del suscrito Magistrado sobre los hechos que dieron lugar al presente caso, en las dependencias de la Sala de Familia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ciudad Verde, el viernes 9 de julio de

2010 a las 9:00 a.m. (...).

CUARTO.- CITAR a la señora Susana, madre adoptante de la niña tutelante, a rendir declaración ante el despacho del suscrito Magistrado sobre los hechos que dieron lugar al presente caso, en las dependencias de la Sala de Familia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ciudad Verde, el viernes 9 de julio de 2010 a las 10:00 a.m. (...).

QUINTO.- CITAR a la señora Paulina, tía abuela de la niña tutelante, a rendir declaración ante el despacho del suscrito Magistrado sobre los hechos que dieron lugar al presente caso, en las dependencias de la Sala de Familia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ciudad Verde, el viernes 9 de julio de 2010 a las 11:00 a.m. (...).

SEXTO.- CITAR al señor Hernando, bisabuelo de la niña tutelante, a rendir declaración ante el despacho del suscrito Magistrado sobre los hechos que dieron lugar al presente caso, en las dependencias de la Sala de Familia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ciudad Verde, el viernes 9 de julio de 2010 a las 2:00 p.m. (...).

SEPTIMO.- CITAR al señor Miguel, abuelo materno y padre de crianza de la niña tutelante, a rendir declaración ante el despacho del suscrito Magistrado sobre los hechos que dieron lugar al presente caso, en las dependencias de la Sala de Familia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ciudad Verde, el viernes 9 de julio de 2010 a las 3:00 p.m. (...).

OCTAVO.- CITAR a la señora Liliana, madre sustituta de la niña tutelante entre enero y diciembre de 2004, a rendir declaración ante el despacho del suscrito Magistrado sobre los hechos que dieron lugar al presente caso, en las dependencias de la Sala de Familia del Tribunal Superior Distrito Judicial de Ciudad Verde, el viernes 9 de julio de 2010 a las 4:00 p.m. (...).

(...)” (cd.9, fl.1-3).

1. En cumplimiento de la orden dictada en el auto del ocho (08) de junio de dos mil diez (2010) por esta Sala de Revisión, el 09 de julio de 2010, Sofía rindió declaración en los siguientes términos:

“1. PREGUNTADO.- Cuando a los ocho años saliste de Macondo ¿sabías para donde ibas? ¿Pensabas que ibas de paseo? ¿Qué te dijo tu tía monja a tus familiares allá?

RESPONDE.- Mi tía monja me habló de bienestar pero me dijeron que era muy feo que me encerraban, pero mi tía monja me dijo que iba de paseo.

2. PREGUNTADO por Procuradora.- ¿Cómo era tu vida en Macondo? ¿Cómo te trataba tu familia allí?

Normal, me pegaba mi tía Nilet cada vez que le desobedecía o nos íbamos sin permiso y la más grande cuando le pegó con un lazo porque se comió unas galletas y confites que no le daba, con su primita. Cuando la monja se iba a ir se dieron cuenta porque se los iban a dar. ¿Quién se los comió? Y ellas no decían nada. Hasta que el abuelito Hernando le preguntó y lo aceptaron y la tía monja Doris les dijo que no les pegaran, ella se fue y al otro día les pegó, puso a contar a su tía María cuantas veces le pegaba, primero Luz le pegó 85 veces. Sofía trataba de esquivarla pero más le pegaba. Fue la única vez que le pegó así de dura pero ya había episodios. (...)

3. PREGUNTADO por Procuradora: ¿Tu mamá te visitó?

RESPONDE. – No mucho y cuando yo iba a su casa, el esposo de ella me echaba.

4. PREGUNTADO.- ¿Quién o quiénes fueron los que principalmente te cuidaron?

RESPONDE.- Mi abuelo y mi abuela hasta que se murió mi abuela y me dejaron al cuidado de Nilet en Belén pero me pegaba mucho y me fui a donde mis bisabuelos.

Miguel mi abuelo viví (sic) solo cuando era muy chiquita.

Mi otra tía abuela Paulina también me pegaba, pero nunca viví con ella, sólo la visitaba.

Cuando teníamos que organizar la finca, una vez tenía pereza de bañarme por frío cuando la vi que salió con una piedra y me pegó en la cabeza.

5. PREGUNTADO.- ¿QUÉ ERA LO BUENO DE ALLA?

RESPONDE.- Yo quería mucho a mis abuelitos, bisabuelos. Pero a ellos los trataban muy mal,

Paulina, Nilet. Pero mi abuelita me quería mucho.

Yo era muy grosera en el colegio, Nilet iba al colegio y me pegaba al frente de mis amigos me bajaba los pantalones y me pegaba con un lazo. NO tenía amigos, solo enemigos porque era muy grosera y les pegaba pero sí jugaba con ellos.

(...)

11. PREGUNTADO.- ¿Cómo era tu vida en el ICBF? ¿Te entregaron a algún hogar o madre sustituta? ¿Cómo te trataban en esa época?

RESPONDE. - (...) Llegué al convento entre navidad y después de año nuevo. El 16 de enero al bienestar. Las monjas me daban mucha comida rica, estuve bien. Mejor que en Macondo que sólo me daban cidra, era comida muy sencillita, unos pedazos feos, a mi me ponían a comer aparte, ellos en una mesa y a mi en un escritorio no viéndolos a ellos y yo botaba sin que se dieran cuenta.

Las monjas me enseñaban a hacer medias, no me acuerdo quien me regaló una Barbie, yo se la mostré a las monjas.

En Macondo no me daban regalos, me daban muchas sin cabezas sin brazos.

(...)

7. PREGUNTADO.- CuAndo te adoptó la señora Susana ¿cómo te sentiste? (...) QUÉ ENTENDÍAS, QUÉ ESPERABAS ENCONTRAR POR FAMILIA?

RESPONDE.- Que me quisieran. Con papá, mamá, tíos, primos, abuelos, no me importó que no tuviera esposo. Si tenía primos, tíos, abuelos.

(...) empezó muy bonito pero después fue cambiando cuando entré al colegio no rendía.

PREGUNTADO.- ¿POR QUÉ?

RESPONDE.-Porque era un nivel más alto, yo venía de unos humildes, pero yo nunca había visto eso, no me lo habían enseñado, era muy difícil yo soy inteligente pero era difícil. Era muy inquieta y me hacían anotaciones.

Susana empezó a trabajar y ya no tenía tiempo y era calmadita y yo acelerada y me le apercollaba, muy expresiva pero ella no le gustaba era muy delicada y yo sentía felicidad, yo era muy cansona ella trabajaba mucho.

(...)

PREGUNTADO.- ¿TU NO TE ENTENDISTE CON ELLA?

RESPONDE. -Ella nunca estaba conmigo, la que parecía mi mamá era la señora del servicio, pero hablábamos por teléfono.

Todo fue bueno como un mes, dos meses después me empezó a regañar, con los sicólogos, yo botaba las pastillas, me hacía las que me las tomaba pero las botaba (...) Me hacía un papel como manipulándome, me decía: si usted hace todo esto, le doy esto, si no lo hacía lo tachaba y yo no me tomaba las pastillas. Que si cumplía me daba un cono (...)

PREGUNTADO. – ¿TU TE PORTABAS BIEN? ¿HABÍA RAZONES PARA QUE ELLA TE REGAÑARA?

RESPONDE. – Si, yo no le pedía permiso, disimuladamente le cogí las llaves, abrí 'pasitico' y me fui toda contenta pa'l parque, y a mis amiguitos les decía que no me pegaba pero salió gritando que me iba a pegar y me escondí donde una amiguita y después yo salí en pitada para la casa y había una pieza desocupada, tenía una ventana y una mesita que daba con todo el borde de la cama y había unas puertas escondidas no se como cupe, me buscó y nada, volví a salir, prendí una vela pa' la luz, la cerré, me dormí con la vela prendida, ella como que se dio cuenta y amanecí al otro día en la cama. // Estaba brava, ella estaba llorando. Me dijo que ella lloró porque le dijeron mentiras, pero es que yo no era así.

Después la mamá le empezó a decir que me entregara.

PREGUNTADO. – ¿CÓMO SABES?

RESPONDE. – Susana decía que en bienestar eran unos mentirosos. Porque no me quería, nunca. Bienestar eran unos mentirosos, y lloraba, pero yo nunca le dije que era lo que sentía. Como de tanto yo dije que me quería ir, cogía la maleta y hacía como si me fuera para allá, de estar tan aburrida, nunca dije que pa' donde Liliana. Que me iba para Macondo.

(...)

PREGUNTADO. – ¿CUÁNDO HICISTE LOS DIBUJOS Y LAS CARTAS?

RESPONDE. – Yo no iba a hacer estas cartas, a mi me gusta mucho dibujar, pero yo no me acuerdo si decía que me quería ir, solo les dibujaba o les pegaba cosas. Las hice porque ella me dijo que las hiciera. Después vi unas copias. Yo le pedía que no me entregaba, lloraba y lloraba cuando la vi salir y ella me decía que no, yo le decía que me iba a manejar bien, después me dijeron venga vamos a comer algo y salimos y ella estaba al frente y me abrazó y más lloraba yo y eso fue tan duro.

(...)

PREGUNTADO. – ¿QUÉ QUIERES?

RESPONDE. – No me quiero ir a un lugar donde me van a poner a trabajar, yo quiero estudiar, que pesar de todos, si a mi me tocó esto, acá me dan lo que yo necesito.

PREGUNTADO. – ¿QUIERES QUE TE VUELVAN A ADOPTAR?

RESPONDE. – No, no quiero que me vuelva a pasar lo mismo.

(...)

PREGUNTADO. – ¿QUÉ QUIERES HACER?

RESPONDE. – Acabar el bachillerato, el dibujo ya no me gusta desde que salí de donde Liliana, quiero aprender otras cosas, como cocina. Cuando crezca, universidad, quiero estudiar docencia, quiero ser profesora y quiero ser doctora médica, me gusta, siempre me han llamado las dos cosas la atención. Todas dos me gustan. Y yo he aprendido a valorar las cosas.

PREGUNTADO. – ¿TU HAS OIDO HABLAR DE DERECHOS?

RESPONDE. – Mi felicidad, yo no me quiero ir a Macondo, estoy segurísima de quedarme en Ciudad Verde y con los apellidos de Susana.

PREGUNTADO. -¿POR QUÉ?

RESPONDE. - Por las promesas que hizo Susana cuando me adoptó pero no lo cumplió, incumplió una promesa, jugó con mis sentimientos, para mí Susana era mi mamá y uno como en ese tiempo se siente feliz porque va a tener la mamá, yo lloraba mucho en el colegio porque me cantaban la canción de bienestar, yo iba sola al día de la familia, Susana no iba.

PREGUNTADO. - ¿POR QUÉ QUIERES SEGUIR TENIENDO SUS APELLIDOS? ¿QUIERES VIVIR CON ELLA?

RESPONDE. - Yo la quiero mucho, pero ella me tiene como odio aunque ella diga que todo lo está haciendo por mi felicidad. Ella le está ofreciendo a mi familia dinero para reclamarme porque ellos son bien pobres.

PREGUNTADO. - ¿TE LO IMAGINAS?

RESPONDE. - Pues estoy segura por lo que veo, ellos no tienen plata. (...)” (cd.9, fl.29-35).

1. La señora Susana, madre adoptante de la menor de dieciocho años, rindió declaración en los siguientes términos:

“1. PREGUNTADO. - ¿QUÉ INFORMACIÓN TUVO ANTES DE RECIBIRLA?

RESPONDE. - Yo inicié el proceso en febrero de 2004, llevé la solicitud y cumplí con todos los requisitos, los talleres, etc. En noviembre de ese mismo año me entregaron un documento de oferta de la niña que habían seleccionado para mí. Había un resumen familiar, escolar de ella, decía que cumplía con normas y límites, que no tenía ningún pariente, que había sido abandonada. (...) Iniciamos el proceso bien, dentro de las cosas de empezar a conocernos. Como a la semana siguiente me empezó a hacer pataleta porque yo no le ponía atención a su solicitud de que la pusiera en contacto con su familia, yo le dije que no podía por las normas del ICBF.

Yo fui al ICBF y les conté que ella decía que ella los quería mucho pero me respondieron que ella no tenía quien se hiciera cargo de ella. // Después insistentemente me empezó a

preguntar que cuando me iba a morir y cuánta herencia le iba a dejar. Cuando le conté a la sicóloga me explicó que era por el miedo de perder nuevamente una familia. (...)

PREGUNTADO. – ¿MIENTRAS TANTO COMO ERAN SUS RELACIONES ENTRE HIJA ADOPTIVA Y MADRE ADOPTANTE?

RESPONDE. – Un proceso de construcción. Un proceso de construcción de confianza, uno recibe con todo el corazón y empieza a convivir. Pedí licencia por 4 meses y la atendía. Pero se fue tornando muy agresiva y le pedí a la sicóloga del ICBF para que me permitieran un encuentro de la niña con la trabajadora social que la había atendido porque su comportamiento era muy difícil.

PREGUNTADO. – ¿CÓMO REACCIONABA USTED?

RESPONDE. – Yo no era agresiva, mantuve mucha calma, busqué apoyo pero me ofusqué una vez que después le cuento. Porque ella me preguntaba si le iba a pegar, pero yo le decía que mi manera de ser no es así pero lo único que le pedía que le cumpliera a la profesora con las tareas. (...)

Una vez a fines de julio, el señor de la tienda me dijo que por qué le daba tanta plata a la niña, pero yo solo le daba \$3000. Una vez no la encontré en toda una tarde y luego le pregunté que de donde había sacado un billete de \$20.000 pesos, se enojó y me dijo: ‘y qué, no se preocupe que un día de estos te hago algo, para que te mueras y yo me quede con la herencia para irme para donde mi familia’. Yo le pegué una palmada y me fui a respirar afuera. Esa fue la vez que me ofusqué y le exigí que me respetara.

PREGUNTADO. – ¿CÓMO SUPO DE LAS CARTAS?

RESPONDE. – La psicóloga de Bienestar me aconsejaron (sic) que le dijera que escribiera lo que quisiera y ella escribió las cartas a su familia. Yo las guardé y las entregué al proceso de revisión, y a la personería para una tutela. (...)

PREGUNTADO. – ¿SI USTED HUBIERA CONOCIDO EL INFORME DE SU COMPORTAMIENTO LA HUBIERA ADOPTADO?

RESPONDE. – No. No porque sé lo grave que es un problema de comportamiento. Es más, en

el proceso previo me preguntaron que si siendo enfermera porque no adoptaba un niño enfermo y yo respondí que no porque sé lo que eso implica y porque requieren mucho tiempo que no puedo dar por mi profesión y trabajo. Yo quería una niña sana.

PREGUNTADO. – ¿USTED LA VIO COMO UN SER DELINCUENCIAL?

RESPONDE. – Si, tuvo comportamientos delictivos: robo, agresión, amenazas, etc.

PREGUNTADO. – ¿POR QUÉ DECIDIÓ REVERTIR LA ADOPCIÓN?

RESPONDE. – Por mi integridad, era muy agresiva, había un rechazo a la adopción. Se hacía muy difícil. Yo puse el recurso porque la alternativa era revertir el proceso, yo no me sentía capaz de asumirlo y tampoco la podía llevar directamente a donde su familia. Busqué un abogado que me asesorara por la situación con el ICBF, que la mala era yo, yo no soy abogada. Hice el reintegro al ICBF, el 12 de noviembre de 2005.

PREGUNTADO. – ¿QUÉ CREE QUE ES LO MEJOR PARA SOFÍA?

RESPONDE. – Que ella pueda restablecer el vínculo con su familia y que los daños creados por los 6 años de cautiverio se superen y se restablezca el vínculo. Yo vi el 16 de septiembre que el amor entre ellos está vivo. Es lo mejor para Sofía, estoy convencida no solo por lo que conozco de salud y porque lo viví, es un vínculo indisoluble. // Y para mi tener la tranquilidad de que ella está de nuevo con su familia, porque me lo pidió insistentemente.

PREGUNTADO. – SI ELLA PIDIERA REGRESAR CON USTED ¿CÓMO VERÍA ESA PETICIÓN?

RESPONDE. – No tiene sentido ni coherencia y que puede estar mediada por otros intereses. Por ejemplo el 16 de septiembre que estuvimos aquí, mientras Sofía estaba con su familia, la llamó por teléfono el abogado de PAN, José Eusebio Baena, a pedirle que no declarara porque iba a perder la herencia y perjudicaba al ICBF. Se puso a llorar, nos contó, incluso Yolanda la sicóloga dijo que muy mal hecho de parte de ese defensor. (...)” (cd.9, fl.36-40).

1. El 30 de junio de 2010, vencido el término probatorio no se recibieron comunicación alguna por parte de quienes fueron citados a rendir declaración y no asistieron (cd.10, fl. 57).

1. El 02 de julio de 2010, la Personería de Ciudad Verde solicitó a esta Corporación que declarara la nulidad del acto administrativo que declaró en situación de abandono a Sofía por violación al debido proceso administrativo, y que en consecuencia, ordene adelantar el trámite con los familiares que efectivamente convivían con la menor de dieciocho años hasta días antes de ser entregada al ICBF, como medidas tendientes a la protección de los derechos a tener una familia y no ser separada de ella (cd.10, fl.79).

1. Señaló que la entidad conoció del caso a través de un escrito radicado por la señora Susana en el cual expuso la situación en la que se encontraba Sofía (cd.10, fl.58).

De acuerdo con la información suministrada por la señora Susana, el proceso mediante el cual se declaró en abandono a la niña se basó en testimonios rendidos por (cd.10, fl.60):

“Doris, tía de la menor, quien la entregó al ICBF y quien debido a su vocación religiosa nunca ha convivido con la familia, aspecto que impide un conocimiento de fondo sobre la forma en la que vive la niña.

Andrea, madre biológica de Sofía, quien la abandonó desde los 52 días de nacida.

Nilet, tía de la menor que vive en Belén y de quien se dice, castigó a la niña por una sola vez.

Miguel, abuelo materno.”

1. Alegó que de las personas relacionadas, las tres primeras no convivían con la niña y en su lugar se omitió escuchar la versión de quienes sí vivían con ella y tenían un lazo de afecto fortalecido por la unión familiar, dejando la sensación de que Sofía no contaba con familia que pudiera ocuparse de ella cuando la realidad del hogar era diferente a la que mencionaron los terceros escuchados en el proceso, quienes, no obstante ser parte de la familia extensa, no se habían ocupado de la crianza de la niña.

1. En el proceso adelantado para declarar a la infante en situación de abandono existía la obligación de constatar, a través de los profesionales pertinentes, quiénes conformaban el hogar de Sofía y determinar, con base en dicha información, si ese grupo familiar la tenía o no en situación de abandono y por el contrario, se tuvo en cuenta la autorización de la madre biológica, quien no hacía parte del grupo familiar cercano a la niña.

1. El 16 de septiembre de 2010 la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, rindió concepto jurídico en relación con el expediente de la referencia, en el que resaltó las siguientes situaciones jurídicas relevantes:

i) La declaratoria en situación de abandono a un niño o niña por parte de una Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, quien ordenó como medida de protección la iniciación de trámites para su adopción, sin tener en cuenta a la familia extensa.

ii) La existencia de una sentencia proferida por un Juzgado de Familia, por medio de la cual se decretó la adopción, por considerar que se habían cumplido con los requisitos legales.

iii) Las dificultades de convivencia presentadas entre la madre adoptante y la hija adoptiva, justificadas, entre otras razones, por el comportamiento de la niña, que conllevan al reintegro al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a los 10 meses de proferida la sentencia de adopción.

iv) Formulación de acciones de tutela tendientes a amparar los derechos fundamentales de una niña y formulación de un Recurso Extraordinario de Revisión contra una sentencia que decretó su adopción.

v) Acciones de tutela interpuestas contra el ICBF con el fin de que se tutelaran algunos derechos fundamentales de la niña.

vi) Interposición del Recurso Extraordinario de Revisión con el fin de invalidar la sentencia de adopción proferida por el juez de familia.

vii) Iniciación nuevamente de un proceso administrativo con el fin de lograr el restablecimiento de derechos en vigencia del procedimiento contemplado en la Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

1. Con relación a la declaratoria de abandono de Sofía, señaló que es precisamente la situación prevista en el numeral 2 del artículo 31 del anterior Código del Menor³, el que demanda atención por parte de la Procuraduría “con el fin de resaltar el derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, pese a que su familia nuclear haya incumplido con sus deberes, pero la extensa haya velado por su cuidado”. Además, expuso que para el Ministerio Público las razones expuestas en el acto administrativo que declaró a la menor de edad en situación de abandono, no son diáfanas, precisas, ni objetivas, aún a pesar de haberse consagrado en la resolución que, de acuerdo con las normas vigentes en ese momento, se escucharon a los profesionales que integraban el equipo técnico del Centro Zonal Aranjuez, quienes rindieron concepto unánime indicando “que no se hallaban previstas las condiciones de toda índole para que la niña SOFÍA, fuera integrado (sic) a su medio familiar puesto que carecía de él, por lo que aconsejaban, emitir el decreto de abandono con miras a reportarlo al Comité de Adopciones” (cd.10, fl.201).

Adicionalmente, manifestó que la “afirmación consignada en el concepto aludido, consistente en que carecía de medio familiar, no tiene asidero si se tiene en cuenta que SOFÍA fue llevada por la religiosa al centro zonal cuando tenía casi 9 años de edad y sin que al parecer se hubiese consultado a otros miembros de su familia. Recuérdese que aunque su padre no la reconoció y la madre biológica fue víctima de un acceso carnal, fue entregada para su cuidado a la abuela materna NANCY (fallecida) lo cierto es que la niña contaba con otros familiares, tales como bisabuelos, abuelos, tías y primos con quienes creció y vivió durante esos pocos años de existencia, antes de estar en protección estatal” (cd.10, fl.202).

Destacó que la religiosa adujo como razones para entregar a la niña al ICBF, maltrato infantil, riesgo sexual y problemas económicos de los bisabuelos, afirmaciones que debieron ser estudiadas profundamente por el Instituto, con la finalidad de establecer su veracidad y aclarar si la intención de la tía era conocida por los otros miembros de la familia. A juicio de la Procuradora, con un poco de diligencia se hubiera podido establecer con precisión con qué

otros familiares contaba la menor de edad, distintos a los que se citaron en la resolución que la declaró en situación de abandono (cd.10, fl.202).

1. En cuanto al maltrato físico recibido por Sofía, luego de analizar las declaraciones de los familiares, señaló que era evidente que la niña no tenía muy buen comportamiento ni en la casa, ni en la escuela y que fue castigada por su tía Nilet cuando vivió con ella en Belén y en Macondo por comerse unas galletas. Al respecto, consideró que lo procedente era prestarle orientación a la señora Nilet sobre la manera más conveniente para corregirla, incluso recurrir a la amonestación, medida preventiva que no fue utilizada. Además, que del expediente se puede constatar que la familiar no vivía con la niña y que sólo la cuidó por casi 6 meses, y el hecho de presentarse estos episodios no permitían concluir que todos los familiares que convivieron con ella durante su estadía en Macondo la maltrataban, aspecto que hacía evidente que no hubo certeza de que el maltrato fuera permanente al punto de ser necesario de separarla de su entorno familiar (cd.10, fl.207 y 208).

1. Con relación al abuso sexual, en el expediente no quedó demostrado el riesgo al que se encontraba expuesta la niña (cd.10, fl.211).

1. Respecto de la situación económica, expuso que la apreciación de la trabajadora social es desacertada toda vez que “si bien la familia extensa pudo haber sufrido necesidades, pues sus ingresos económicos provenían de las actividades del agro, ello no implicaba per se que no pudiera esa familia continuar con la manutención de la niña, tal como lo hicieron durante casi nueve años, pues téngase presente que si se advertía como inconveniente la capacidad económica para que SOFÍA permaneciera con sus familiares, el artículo 3º del Código del Menor vigente para la época de los hechos señalaba <[c]uando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiariedad>. Situación que de haber sido tomada en cuenta como impedimento para que continuara viviendo con su familia extensa podía acudir a esa alternativa de solución, también ofrecida por la ley, pero no haber afirmado

que por esta razón la menor de edad no tendría un desarrollo armónico e integral” (cd.10, fl.209).

1. De otro lado, resaltó que la información sobre el estado de salud y académico de Sofía antes de su ingreso al ICBF, permite concluir que su familia extensa no la descuidó o puso en riesgo la integridad de la niña, al punto de no respetar el entorno familiar en el que ella creció durante casi nueve años y decidir cambiarlo sin justificación alguna. La decisión de declarar en abandono a un niño, niña o adolescente debe basarse en un estudio serio, cierto y completo del caso y no obedecer a una simple percepción del funcionario (cd.10, fl.210).

A juicio del Ministerio Público, en el presente caso se desconoció el interés superior de la niña, “toda vez que este principio no fue el derrotero para tomar la aludida decisión, ya que no existieron pruebas contundentes ni suficientes que demostraran que estaba abandonada por su familia extensa. (...) A esta conclusión se arriba por estar evidenciado que no se tuvo en cuenta el entorno familiar en que se encontraba SOFÍA antes de llegar a protección del Estado, valga destacar que tenía su registro civil, había estudiado hasta tercer grado de primaria, gozaba de buena salud (en el examen médico realizado a su ingreso, quedó consignado), jugaba con sus primos, no se comprobó efectivamente la existencia del riesgo sexual al que se dijo estaba expuesta, no se le encontraron lesiones de maltrato permanente”. Igualmente, consideró que se había hecho caso omiso a la aplicación de normas de carácter internacional, por parte de las autoridades involucradas en el presente caso (cd.10, fl.214).

Alegó que no se cuestiona que se hubiese agotado el proceso administrativo, sino las graves irregularidades advertidas, que se reducen a la poca actividad probatoria y a una errónea interpretación de las circunstancias en que se desenvolvió la infante, ya que el procedimiento se cumplió de acuerdo con la normas aplicables pero los fundamentos tenidos en cuenta para declarar a la niña en situación de abandono, no ameritaban la imposición de la medida de adopción (cd.10, fl.218 y 219).

Luego de hacer un recuento sobre el proceso de adopción, advirtió que Sofía, antes de ingresar al Bienestar Familiar, tenía problemas de comportamiento que aún no ha podido

superar y sobre los que recalca, no fueron reconocidos ni aceptados ni tratados de manera idónea por los profesionales del ICBF, en el esfuerzo de defender el proceso administrativo de adopción (cd.10, fl.229).

Para la Procuradora Delegada, no es aceptable que “ante el conocimiento sobre el malestar de la niña y los planteamientos de la mamá adoptante, no se le hubiere dado otro manejo a la preocupante situación, y por esto no es correcto ni válido atribuirle a su madre adoptante, falta de responsabilidad o incapacidad en cumplir su rol respecto a su crianza, toda vez que examinado el material probatorio fue la misma niña quien hace un tiempo expresó en algunas declaraciones en el año 2005, que siempre quiso volver a donde sus abuelos, deseo que desde luego, le impedía vivir tranquilamente, dada su edad, con quien para ella era una extraña” (cd.10, fl.230 y 231).

Además, indicó que en el expediente quedó demostrado que existieron inconsistencias en la información suministrada a la madre adoptante, aspecto que es “desde todo punto de vista grave y resta seriedad al ICBF, entidad pública comprometida con la protección especial de la niñez y encargada del trámite de los procesos administrativos de restablecimiento de derechos de la infancia” (cd.232, fl.232).

Considera así que la Corte Constitucional debe revocar la providencia del Juez de Familia que declaró la adopción pues el ICBF permitió de manera arbitraria la adopción de una niña que no se encontraba en situación de abandono.

1. Por otra parte, en cuanto a la declaración rendida por Sofía, ordenada por la Corte Constitucional en sede de revisión, señaló que llama la atención que a pesar de todas las vicisitudes por la que atravesó la joven, no se le haya realizado una intervención integral adecuada y eficaz para superar la amargura y la infelicidad que demuestra al referirse a su pasado. Igualmente, le preocupa que la niña exprese que su madre adoptante le tiene odio, pero que le interesa quedarse con los apellidos de Susana para asegurar su futuro, pasando por alto el deseo de conseguir el amor de una familia (cd.10, fl. 249-251).

1. Igualmente, señaló que desde el 11 de noviembre de 2005, fecha en la que fue entregada por su madre adoptante al ICBF, la niña no ha fortalecido vínculos afectivos con nadie, lo cual desde todo punto de vista se concibe como perjudicial para su desarrollo personal y emocional. Incluso ha tenido inconvenientes en su rendimiento académico, crecimiento personal y en sus relaciones con sus compañeros.

1. Las anteriores referencias sobre la lenta recuperación de Sofía, demuestran que durante el tiempo que ha estado bajo la protección del ICBF no ha tenido mejoría en su comportamiento. Por el contrario, “persiste en acudir a las mentiras para justificar sus acciones, en sentirse víctima, en obtener recursos económicos de forma injustificada, en no asumir responsabilidades, no haber logrado elaborar la pérdida de su familia de origen y tampoco la pérdida de su familia adoptante, diagnostico que deja entrever que no se han cumplido a cabalidad las funciones por parte del Estado de asegurarle protección y efectivo restablecimiento de su derecho a la salud en el plano psicológico, en el entendido que desde pequeña se conocía que tenía problemas con atender la autoridad” (cd.10, fl.256).

1. Como medidas para proteger los derechos fundamentales de Sofía, la Procuradora Delegada solicitó las siguientes (cd.264, fl.269):

1. En primer lugar, que la Corte Constitucional advierta al ICBF que no se adelanten nuevamente trámites para darla adopción, ya que “sería bastante difícil y traumático que a su edad de 15 años y siendo una adolescente, con los problemas de comportamiento que no ha podido superar (...) acepte o sea aceptada por otra familia, lo cual muy seguramente, le traería más inestabilidad emocional o perturbación adicional que pueda incidir en forma negativa sobre su proceso de desarrollo”.

1. En segundo lugar, por tratarse de una joven que demanda mucha atención y cuidado, recomendó que el hogar sustituto escogido para su ubicación, debe estar integrado por

personas que conozcan verdaderamente su historia, sus debilidades y fortalezas, con el fin de que el trato que allí se le de sea diferencial y comprensivo para su edad. Lo anterior evitaría que se oculte información que sea determinante para su bienestar y armonía en el mencionado lugar.

1. En tercer lugar y aunque la joven se niegue a regresar a Macondo e insista en mantener los apellidos de su madre adoptante, la Procuradora Delegada estimó que, en atención al interés superior de Sofía y a la necesidad de resguardar la estabilidad del proceso de desarrollo en la etapa de adolescencia, se deben preservar los vínculos afectivos que nacieron entre su familia de crianza y recobrar sus apellidos, con el propósito de que entienda que su familia extensa fue la que cumplió el rol de cuidarla y protegerla, aún cuando por razones atribuibles al ICBF, se la apartó de ella.

1. En cuarto lugar, como la madre adoptante ha manifestado su interés en colaborarle económicamente a Sofía para contribuir con su desarrollo armónico a todo nivel, consideró conveniente exhortar a la señora Susana con el fin de que, en la medida de sus posibilidades, continúe brindándole su apoyo en el evento de que la Corte decida dejar sin efectos la sentencia de adopción.

1. Finalmente, consideró necesario que el ICBF contemple la posibilidad de adoptar un protocolo en el que de manera organizada y precisa se establezcan aspectos de metodología, periodicidad, contenido y directrices para la entrega de la información de los niños y adolescentes, con el fin de evitar malos entendidos y que los futuros padres adoptantes conozcan verdaderamente las fortalezas y debilidades de quienes serán sus hijos, brindando así el cuidado y la protección requeridas y en consecuencia, el éxito de la adopción.

1. Esta Sala de Revisión, mediante auto del catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010)

ordenó oficiar al ICBF, Zona Aranjuez, Aranjuez, Regional Aranjuez, para que dentro del término indicado, informara (cd.10, fl.271):

“1) Si es cierto lo manifestado por la señora Susana en cuanto a que la adolescente Sofía, quien se encontraba bajo la protección del ICBF en un hogar sustituto, se fue a vivir con su familia biológica a Macondo.

2) En caso de que lo preguntado en el primer punto sea cierto, si el ICBF autorizó la salida del hogar sustituto y si mantiene algún contacto con Sofía o si ejerce algún tipo de acompañamiento frente al regreso de la niña con su familia biológica.

3) Si conoce con quién exactamente convive la adolescente y, en caso afirmativo, allegue esta información de manera precisa.”

1. En cumplimiento de lo ordenado en el auto referido, la Regional del ICBF requerida, manifestó lo siguiente:

1. Con relación al primer interrogante, indicó que:

“La joven se evadió del hogar sustituto ... el día 24 de agosto de 2010, inicialmente si estuvo en Macondo donde su familia biológica, primero llegó donde su abuelo Miguel, posteriormente se fue para donde su madre Andrea, la cual la tenía en una finca cocinando, cuidando a sus tres hermanos menores y haciendo labores de mayordomía. Desde el momento de la evasión del hogar sustituto esta Defensoría ha tenido contacto con ella y le ha manifestado su apoyo, entendiendo que por la edad de Sofía y por el contacto con la familia biológica era imposible imponerle que regresara al ICBF para ser ubicada en un hogar sustituto. El día 20 de septiembre del presente año ubicamos a Sofía en la Institución Aranjuez, donde solo permaneció hasta el día 28 de septiembre, fecha en la cual se evadió y nuevamente regresó a Macondo, en esta oportunidad para donde el abuelo Miguel, quien se la llevó a Sol a recoger café por unos días. En la actualidad Sofía se encuentra en la ciudad de Ciudad Verde y no desea estar ubicada ni en hogar sustituto ni el medio institucional, razón por la cual desde la Defensoría de Familia se realizó visita domiciliaria a la hermana media biológica de Sofía, Adriana, la cual vive con sus abuelos paternos, quienes están

dispuestos a acoger a la joven en su núcleo familiar y hacerse cargo de ella con el apoyo del ICBF. Es importante resaltar el vínculo afectivo que existe entre Sofía y Adriana.”

1. Con relación a la segunda pregunta, manifestó que en ningún momento se ha autorizado la salida de la menor de edad del hogar sustituto y que todo el tiempo se ha tenido contacto con ella. Agregó que una vez se enteraron que se encontraba en Macondo y se comisionó a un funcionario para realizar una visita de verificación y determinar la situación en que se encontraba la adolescente a nivel emocional, familiar y físico.

Señaló que “la única actuación realizada por la Comisaría de Familia fue tomarle declaración a la señora Paulina, tía abuela de Sofía y actual compañera sentimental del señor Miguel, abuelo de la adolescente, en la cual deja ver una posición de poco compromiso por su parte frente a la joven y evidencia el contacto que aún existe entre Sofía y Susana, aunque Sofía lo niega”.

1. Respecto del último requerimiento, manifestó que Sofía se encuentra ubicada en casa de su media hermana Adriana en Ciudad Verde y que, de acuerdo con lo expresado por la joven, desea permanecer en ese hogar.

1. Finalmente, realizó las siguientes precisiones:

“La adolescente Sofía desde el momento en que se evadió del hogar sustituto se ha estado desplazando entre Macondo y Ciudad Verde con mucha frecuencia, situación que preocupa a esta Defensoría por el peligro que puede correr en estos traslados, teniendo en cuenta que Macondo queda a cuatro horas de Ciudad Verde y el pasaje de un solo trayecto cuesta dieciocho mil pesos (\$18.000.00), no nos explicamos de donde obtiene el dinero y ella ante la pregunta guarda silencio y se ríe. (...)

Al día de hoy la adolescente Sofía desea ubicarse al lado de su hermana Adriana, la cual después del análisis realizado por el equipo interdisciplinario de la ONG PAN es la mejor

opción con la que se cuenta actualmente, debido a que Sofía se niega a estar en hogar sustituto o en medio Institucional”. (negrilla fuera de texto).

1. La Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante escrito fechado 22 de octubre de 2010, rindió concepto dentro de la presente acción de tutela.

1. Con relación a la actuación de la señora Paulina, bajo la figura de la agencia oficiosa, consideró que es procedente ya que el objetivo que se persigue con la tutela es el de garantizar los derechos fundamentales de una adolescente cuya afectación es “aparentemente inminente”.

1. Respecto de la situación de la joven, señaló que el ICBF, a través del equipo interdisciplinario de la ONG PAN, realizó la valoración ordenada por la Corte Suprema de Justicia, concluyendo que los derechos de la adolescente Sofía han sido vulnerados y que mantener contacto con cualquiera de las dos familias, biológica o adoptante, resulta riesgoso para ella, razón por la cual fue asignada a un hogar como medida provisional para el restablecimiento de sus derechos.

1. En consecuencia, consideró que la presente acción es improcedente en la medida que el contacto de Sofía con sus familias biológica y adoptiva, puede conllevar a que persista la situación de vulneración de derechos que se ha venido presentado en relación con ella.

1. Mediante oficio allegado el 09 de marzo de 2011 a esta Corporación, la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia informó que la adolescente Sofía no ha continuado con sus estudios secundarios ante el bajo rendimiento académico presentado y que se encuentra en estado de embarazo (cd.10, fl.331-338).

1. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

1. Sofía nació el 04 de febrero de 1995. No fue reconocida por su padre. Su madre la entregó a los 52 días de nacida a la señora Nancy, abuela materna de la niña.

1. Una vez falleció la señora Nancy, la niña quedó al cuidado de su abuelo materno, Miguel, de sus bisabuelos, tíos y tías maternos.

1. Cuando la niña tenía 8 años y 11 meses de edad, la señora Doris, hermana de la fallecida Nancy y por ende tía-abuela de la infante, se la llevó bajo engaños de su residencia en Macondo y dos días después, el 16 de enero de 2004 la entregó al ICBF, Centro Zonal de Aranjuez, en el municipio de Aranjuez.

La señora Doris manifestó al momento de su entrega, que no había nadie que se hiciera cargo de ella, porque los familiares con los que contaba se hallaban en situación de pobreza extrema y que la niña era objeto de malos tratos y estaba expuesta a abusos sexuales. Como consecuencia de lo anterior, el ICBF la ubicó provisionalmente en un hogar sustituto mientras

adelantaba el trámite de restablecimiento de derechos.

1. Por medio de la Resolución No. 064 del 31 de julio de 2004 se declaró en situación de abandono a Sofía y posteriormente con la sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde, el treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), el ICBF la entregó en adopción a la señora Susana, por lo que la joven actualmente tiene sus apellidos.

1. La familia de crianza de Sofía no conoció el acto administrativo que la declaró en situación de abandono y por tal motivo no hizo uso de las herramientas jurídicas para oponerse. Tampoco tuvo conocimiento oportuno de la sentencia que aprobó la adopción.

1. El proceso de adaptación de la niña en su hogar adoptivo fue infructuoso, porque desde que fue adoptada pedía ser puesta en contacto con sus abuelos. Además presentaba una conducta agresiva por lo que fue tratada por varios psicólogos que diagnosticaron hiperactividad, déficit de atención y oposicionismo desafiante.

1. Por los problemas en el proceso de adaptación, el 12 de noviembre de 2005 la madre adoptante reintegró a la niña al ICBF y solicitó ponerla en contacto con su familia biológica y que se revisara el estudio socio-familiar que dio origen a la declaratoria de abandono, ya que al parecer presentaba inconsistencias. Además, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia mediante la cual se decretó la adopción; sin embargo, mediante fallo del diez (10) de diciembre de dos mil siete (2007), la Sala Cuarta de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Ciudad Verde lo declaró infundado.

1. Contrario a lo solicitado por la madre adoptante, el ICBF inició el trámite administrativo

para entregar a la adolescente nuevamente en adopción y durante ese tiempo se negó todo contacto tanto con la familia de crianza como con su familia adoptiva.

1. El 21 de agosto de 2009 la señora Paulina, tía-abuela de Sofía, interpuso acción de tutela solicitando la revocatoria del acto administrativo que la declaró en abandono y de la sentencia en virtud de la cual se entregó a la joven en adopción, por cuanto no se dieron los supuestos para declarar el estado de abandono y señaló que el Defensor de Familia y su equipo interdisciplinario “amañaron” la información y tomaron una decisión sin fundamentos reales.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación denegaron la solicitud, tanto en primera como en segunda instancia por improcedente.

1. En el curso del proceso para resolver la acción de tutela, la joven rindió declaración en la que solicitó volver junto a su familia de crianza en Macondo, solicitud que contrasta con la que posteriormente hizo en sede de revisión, en la que manifestó que no quería volver a dicho lugar y deseaba conservar sus ‘apellidos adoptivos’.

1. Desde el momento de su reintegro al ICBF, la joven estuvo en varios hogares sustitutos de los cuales se ha evadido y, según informa el ICBF, ha convivido por lapsos con su abuelo materno, el señor Miguel en Macondo y Sol, con su madre biológica, la señora Andrea y temporalmente con la familia paterna de su hermana por línea materna Adriana. La joven se ubica entre Ciudad Verde y Macondo sin tener una residencia estable pues se niega a ser reintegrada nuevamente a un hogar sustituto.

1. El 09 de marzo de 2011 la Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia informó que la adolescente –quien actualmente tiene 16

años de edad- se encuentra en estado de embarazo.

1. El anterior recuento le permite a la Sala fijar los puntos sobre los cuales debe centrar su análisis para resolver la tutela de la referencia, y establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Aranjuez, en el municipio de Aranjuez y el Juzgado Noveno del Circuito de Ciudad Verde incurrieron en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos y providencias judiciales respectivamente, al haber declarado en estado de abandono a Sofía y haberla entregado en adopción sin una investigación sobre su real situación, teniendo en cuenta que existían pruebas suficientes para determinar que Sofía no había sido abandonada y que existía familia extensa que podía hacerse cargo de su cuidado.

Lo anterior implica que la Sala deberá estudiar como asunto previo (i) la figura de la agencia oficiosa en la legitimación en la causa por activa en el proceso de tutela, por cuanto los jueces de instancia no aceptaron la agencia oficiosa en este caso. Posteriormente, ii) reiterará la doctrina constitucional relacionada con la procedencia excepcional de la acción de tutela, tanto contra providencias judiciales como contra actos administrativos, haciendo precisión en el denominado defecto fáctico y la doctrina del error inducido; para después reiterar la posición constitucional frente iii) al derecho fundamental a preservar la unidad familiar y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y permanecer en ella; por último y en aplicación de lo anterior se desarrollará el caso concreto.

1. Asunto previo: Legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela. La figura de la agencia oficiosa.

1. El artículo 86 Superior consagra a favor de toda persona la posibilidad de interponer la acción de tutela 'por sí misma o por quien actúe a su nombre' para invocar la protección de sus derechos fundamentales. Así mismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de amparo podrá ser interpuesta (i) por la misma persona afectada; (ii) por

intermedio de un representante; (iii) a través del agente oficioso, cuando el titular de la garantía o derechos invocados no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse en el escrito de tutela; (iv) por el defensor del pueblo o (v) por los personeros municipales.

1. Bajo esta línea argumental la Corte Constitucional se ha ocupado de establecer algunos requisitos que deben verificarse cuando un ciudadano actúa como agente oficioso de otra persona. En primer lugar, debe manifestar que actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se invoca. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. Y en cuarto lugar, cuando ella sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela. Sin embargo, los anteriores requisitos deben aplicarse en forma flexible, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso concreto⁵.

Las reglas anteriores, cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes no tienen aplicación, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia, en los amplios términos del artículo 44 constitucional.

La corresponsabilidad de todos en la protección de este grupo, permite que cualquier persona pueda exigir de la autoridad competente el cumplimiento y garantía de sus derechos, como expresamente lo consagra el precepto constitucional en cita. Por tanto, es deber de todo individuo en nuestra sociedad actuar como agente oficioso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes ante la vulneración o amenaza de sus derechos en donde es irrelevante si tiene o no un representante legal, porque se repite, la Constitución impuso la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en su efectiva protección, lo que se traduce en que fue el mismo Constituyente el que estableció la legitimación en la

causa de cualquier persona para actuar en nombre de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en estado de riesgo o vulneración de sus derechos. No en pocas ocasiones es el representante legal el agente de la vulneración, en consecuencia, no se puede exigir que actúe en defensa de los derechos de su representado, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente como sujeto activo de la vulneración, omita hacer uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación⁶

1. Lo expuesto, lleva a esta Sala a disentir del argumento de la Corte Suprema de Justicia para negar el amparo que solicitó la señora Paulina a favor de la joven Sofía, cuando afirmó que “no puede, legal y válidamente, persona alguna, consanguínea o no, estar agenciando derechos del menor y menos en el propósito de restituirlo al seno de éstos últimos (...)”, porque esa postura es abiertamente contraria al texto constitucional, artículo 44, pues se repite, la Constitución permite que cualquier persona pueda hacer uso de todos los mecanismos judiciales y administrativos existentes en el ordenamiento para evitar la vulneración de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, en donde la acción de tutela ocupa un lugar de privilegio.

En el caso de la referencia, se encuentra acreditado que la joven a favor de quien se instauró la presente acción tiene menos de 18 años y, en consecuencia, cualquier persona podía acudir ante el juez constitucional para agenciar sus derechos. Correspondía al juez de tutela, entonces, verificar el cumplimiento de éstos y en caso de vulneración ordenar su inmediato restablecimiento con el fin de lograr su realización efectiva y materializar los principios constitucionales del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como la prevalencia de sus garantías.

En consecuencia, más allá de la existencia o no de los lazos de consanguinidad entre la accionante y la joven, era claro que había legitimación en la causa para invocar el amparo y, en consecuencia, procedía el análisis de los hechos que le dieron origen para determinar si existía o no la vulneración que se alegaba.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

1. En relación con la procedencia de la acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991 establece en su artículo 5º que la misma procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, que haya vulnerado, vulnere o amenace derechos constitucionales fundamentales.

1. La Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela, en principio, no procede cuando se interpone contra providencias judiciales, teniendo en cuenta:

“[e]n primer lugar, el hecho de que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático”⁷.

1. Empero, excepcionalmente, en aquellas situaciones en que las providencias judiciales desconozcan los preceptos constitucionales y legales a los que deben sujetarse, y cuando se pretenda la protección de los derechos fundamentales y el respeto del principio de seguridad jurídica, la acción de tutela será procedente⁸.

1. Así, la Corte Constitucional ha establecido que para que la acción de tutela sea procedente en estos casos, debe cumplir una serie de presupuestos generales que, de presentarse

plenamente, facultarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su consideración⁹. Los presupuestos generales a los que se hace referencia fueron señalados en la Sentencia C-590 de 2005, de la siguiente forma:

1. Empero, excepcionalmente, en aquellas situaciones en que las providencias judiciales desconozcan los preceptos constitucionales y legales a los que deben sujetarse, y cuando se pretenda la protección de los derechos fundamentales y el respeto del principio de seguridad jurídica, la acción de tutela será procedente¹⁰.

1. Así, la Corte Constitucional ha establecido que para que la acción de tutela sea procedente en estos casos, debe cumplir una serie de presupuestos generales que, de presentarse plenamente, facultarían al juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su consideración¹¹. Los presupuestos generales a los que se hace referencia fueron señalados en la Sentencia C-590 de 2005, de la siguiente forma:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹².

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹³.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un

efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁴.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁵.

f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁶¹⁷.

1. En la misma sentencia esta Corporación manifestó que una vez que se verifica el cumplimiento de los requisitos generales, el accionante debe demostrar la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad o vicios en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión discutida.

1. Las causales específicas de procedibilidad obedecen a un concepto jurisprudencial, mediante el cual se hace referencia a aquellas actuaciones judiciales en las que el juez que resuelve un conflicto jurídico despliega una conducta que contraría el ordenamiento vigente afectando derechos fundamentales. Ante la violación de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones por parte de los operadores jurídicos, y no contar con herramientas eficaces para solucionar tal situación, la acción de tutela aparece como el mecanismo idóneo para que se adopten las medidas necesarias que lleven a restablecer los derechos fundamentales afectados por una decisión judicial¹⁸, y puede también interponerse como mecanismo transitorio, con el propósito de evitar un perjuicio irremediable¹⁹. La jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes causales específicas de procedibilidad:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²⁰ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado²¹.

h. Violación directa de la Constitución.”

1. Las situaciones referidas implican, además, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la superación de la noción de vía de hecho y la admisión de supuestos específicos de procedibilidad en situaciones en los que si bien no se presenta una trasgresión evidente de las normas superiores, sí se trata de decisiones ilegítimas que perturban derechos fundamentales²².

1. el Debido proceso administrativo. procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia.

1. El debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las actuaciones administrativas. Lo anterior se desprende del contenido del inciso primero del artículo 29 Superior, que establece que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

1. El debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde el inicio del respectivo procedimiento administrativo hasta su culminación. Debe advertirse que la plenitud de su contenido²³ debe asegurarse durante todas sus etapas y frente a todos los sujetos concernidos²⁴.

Lo anterior obedece a que por su naturaleza, el derecho fundamental al debido proceso se concreta en dos garantías: i) la de informar a la persona interesada de cualquier medida que lo pueda afectar y ii) que mientras se adopta la decisión a que haya lugar, a la persona se le debe garantizar la plena vigencia de sus derechos superiores, especialmente, los de contradicción e impugnación. En otras palabras, esta garantía se ejerce durante todas las etapas que integran el respectivo trámite y con posterioridad a la expedición de la decisión, tratándose de actuaciones administrativas, este será el acto administrativo²⁵.

Por tanto, la actuación que desplieguen las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer su atribución y en este contexto los actos que emitan como manifestación de la voluntad de la administración podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se diferencia el límite que separa el ejercicio de una potestad legal de una decisión arbitraria o caprichosa²⁶.

1. Sin obviar los fines diversos de un proceso judicial y uno administrativo, los dos tienen en común que están compuestos por etapas regladas y consecutivas que buscan de una forma razonada producir un resultado, teniendo como fundamento el respeto por el derecho fundamental al debido proceso de los sujetos en el concernidos, por tratarse de una garantía consustancial del Estado de Derecho. La existencia de esas etapas en uno y otro proceso, así como la consecución de un resultado para las partes, hace importante que existan mecanismos como la acción de tutela para que si se presentan determinadas situaciones sea procedente su interposición. Es por ello que bajo el entendido que en los dos procedimientos, el judicial y el administrativo, hay derechos fundamentales en juego que pueden verse afectados frente a las actuaciones judiciales, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de elaborar toda una línea para explicar en qué casos procede, en razón de su carácter subsidiario. Así mismo, frente a las actuaciones administrativas ha señalado que este mecanismo se torna procedente cuando la administración ha incurrido en violaciones que son contrarias a la normativa constitucional y por ende ha aceptado que las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales puedan ser alegadas también frente a las actuaciones administrativas²⁷.

Para absolver el caso sometido a revisión, la anterior precisión es de suma importancia, por cuanto la acción de tutela se dirigió contra una providencia judicial –aquella que aprobó la adopción de la adolescente a favor de quien se interpuso la presente acción- y contra una actuación administrativa – la proferida por el ICBF en el proceso de abandono y adoptabilidad-.

En consecuencia, a continuación se estudiarán las dos causales de procedibilidad de la acción de tutela que, en concepto de la Sala, son de relevancia para resolver el caso de la referencia y alegadas una de ellas en el escrito de tutela (i) el defecto fáctico y (ii) el error

inducido.

1. El defecto fáctico

“En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia ‘impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido’. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque ‘no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.’ Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien ‘el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva’ dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita.”²⁹

1. El defecto fáctico tiene o presenta dos dimensiones:

1. Una dimensión negativa que tiene lugar cuando el juez o autoridad administrativa niega o valora la prueba arbitraria, irracional y caprichosamente³⁰ u omite su valoración³¹ y sin fundamento alguno da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente³².

1. Una dimensión positiva, que generalmente se desarrolla cuando el juez o autoridad administrativa aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar y al hacerlo desconoce la Constitución³³.

1. EL ERROR INDUCIDO O POR CONSECUENCIA.

1. La jurisprudencia constitucional ha determinado que la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales denominada error inducido o por consecuencia se configura cuando una decisión judicial pese a haberse adoptado respetando el debido proceso, y habiéndose valorado los elementos probatorios de forma plausible conforme al principio de la sana crítica, y con fundamento en una interpretación razonable de la ley sustancial, ocasiona la vulneración de derechos fundamentales “al haber sido determinada o influenciada por aspectos externos al proceso, consistentes en fallas originadas en órganos estatales”³⁴.

1. Esta Corporación se refirió por primera vez a esta causal en la Sentencia SU-014 de 2001 denominándola ‘vía de hecho por consecuencia’. Desde entonces, ha identificado los elementos de dicho defecto, así: “(...) el defecto en la providencia judicial es producto de la inducción al error de que es víctima el juez de la causa. En este caso, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, la actuación judicial resulta equivocada”³⁵; y, en otra oportunidad señaló que “un funcionario judicial incurre en una vía de hecho por consecuencia cuando: (i) la decisión judicial se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) [tiene] como consecuencia un perjuicio iusfundamental.”³⁶ (Negritas fuera del texto original).

1. Por último cabe precisar que la expresión error inducido es más clara que la noción inicial

de 'vía de hecho' por consecuencia, en la medida en que la misma se tornaba en un oxímoron, es decir, una contradicción dentro del mismo término, pues la vía de hecho implica una actuación arbitraria por parte del funcionario judicial y este defecto descarta dicha arbitrariedad, pues lo que realmente ocurre es que la autoridad judicial es inducida a error por conductas, hechos o fallas atribuibles a otros órganos del Estado³⁷.

1. El derecho a la preservación de la unidad familiar³⁸.

1. Desde sus inicios, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho” ³⁹.

1. Siguiendo lo anterior, en la Sentencia T-408 de 1995⁴⁰, al resolver un asunto donde a una niña no se le permitía visitar a su madre, quien se encontraba privada de la libertad, la Corte estableció algunos lineamientos respecto de las relaciones directas y permanentes entre los hijos y sus progenitores, señalando:

“La Corte reiteradamente ha señalado que la Constitución consagra un derecho fundamental de los hijos y padres a mantener relaciones personales estrechas. Sobre este punto, la Corte ha manifestado:

Un análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener

relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores.

La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política.” (Negritas fuera del texto original).

1. En la Sentencia T-572 de 2009⁴¹, se manifestó que la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, debe ser protegida de manera integral por el Estado. En tal sentido, debido a que la protección de la unidad familiar es un derecho fundamental, las autoridades públicas “deben abstenerse de adoptar medidas administrativas o judiciales que, en la práctica, impliquen violar la unidad familiar, so pretexto, por ejemplo, de amparar los derechos fundamentales de alguno de sus integrantes”⁴² (Negritas fuera del texto original).

También se advirtió en dicha providencia que, además de la faceta ius fundamental del derecho a la unidad familiar, éste cuenta con una faceta prestacional, que consiste en que el Estado se encuentra constitucionalmente obligado a “diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar, medidas positivas que apunten, precisamente, a lograr un difícil equilibrio entre la satisfacción de las necesidades económicas de las familias y la atención y cuidados especiales que merecen los niños, en especial, aquellos de menor edad.”⁴³

En este orden de ideas, la sentencia referida señala que la acción estatal a favor de los menores de dieciocho años no puede dirigirse exclusivamente a la implementación de medidas de restablecimiento de derechos como la ubicación de los niños, niñas y adolescentes afectados en centros de emergencia, hogares de paso o disponiendo su adopción, pues, a pesar de tratarse de mecanismos legítimos y necesarios en algunos casos para proteger efectivamente sus derechos frente a peligros o amenazas verdaderamente reales contra sus derechos fundamentales, esas medidas estatales deben prioritariamente ser aquellas que “les faciliten a los padres poder cumplir con sus deberes constitucionales y legales en relación con la prole, y al mismo tiempo, suplir las necesidades económicas del núcleo familiar (vr. Programas de madres comunitarias, jardines del ICBF, etc.).”

En suma, la Corte determinó que la preservación de la unidad familiar, desde la perspectiva iusfundamental del derecho, genera para las autoridades públicas competentes, un deber

general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y, por otra parte, desde la faceta prestacional, el Estado debe implementar acciones positivas, dirigidas a mantenerla y preservarla. De tal suerte que el accionar de las autoridades públicas competentes en materia de infancia y adolescencia, no puede ser ajeno a la existencia de una realidad social consistente en que miles de familias colombianas no cuentan con los recursos económicos suficientes para cumplir ciertas obligaciones pero que ello no puede tener como consecuencia la separación de las familias que se encuentren en esa precaria situación⁴⁴, debe buscarse la preservación de la unidad familiar, implementando programas de apoyo para las mismas.

1. En razón de lo anterior, el ICBF cuenta con programas sociales alternos a la separación de los niños de su medio familiar y que buscan, precisamente, ayudar a las familias que se encuentren en precaria situación económica. Así, por ejemplo existe el programa “Hogar Gestor”, dirigido “a atender en el medio familiar de origen a niños, niñas y adolescentes con o sin discapacidad menores de 18 años, que se encuentran en situación de peligro y cuyas familias, identificadas mediante valoración socio- económica y familiar, presentan una alta vulnerabilidad social y carecen de oportunidades para satisfacer adecuadamente las necesidades fundamentales de sus niños o adolescentes.”⁴⁵ (Negritas fuera del texto original).

1. Bajo la presunción de mantener los vínculos con la familia el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia en consonancia con lo que señalaba el artículo 70 del anterior Código del Menor, consagra como una de las posibles medidas de restablecimiento de los derechos de los niños la “Ubicación en familia de origen o familia extensa”, describiéndola como “la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, cuando éstos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.” (Negritas fuera del texto original).

1. El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y la presunción a favor de la familia biológica.

1. Además del derecho de toda persona a la preservación de la unidad familiar, se encuentra como uno de los derechos constitucionales fundamentales y prevalecientes del que son titulares los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Política.

1. La Corte Constitucional ha establecido que este derecho cuenta con garantías constitucionales adicionales que refuerzan la obligación de preservarlo, en especial, la consagración constitucional de la familia como la institución básica de la sociedad (arts. 5 y 42, C.P.); la prohibición de molestar a las personas en su familia (art. 28, C.P.); y la protección de la intimidad familiar (art. 15, C.P.). Además, tanto el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, como las garantías adicionales, forman parte de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos humanos⁴⁶.

1. Esta Corporación ha señalado que este derecho tiene una especial importancia para los menores de dieciocho años, puesto que por medio de su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales que, por lo tanto, dependen de él para su efectividad, es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta⁴⁷. Igualmente, la jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que “desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”⁴⁸.

1. De lo anterior, se deriva la regla de la presunción a favor de la familia biológica, según la cual, las medidas estatales de intervención en la vida familiar, únicamente pueden traer como resultado final la separación de los menores de dieciocho años, cuando quiera que ésta no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico⁴⁹. En el mismo sentido, el Código de la Infancia y Adolescencia colombiano consagra el derecho de los niños a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

1. Esta presunción se encuentra amparada por múltiples disposiciones internacionales que obligan al Estado colombiano: (i) la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7-150 y 9-151; (ii) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, principio 652; (iii) el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993⁵³, preámbulo⁵⁴; (iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁵, artículo 23⁵⁶.

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

1. Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional ha creado a través de su jurisprudencia ciertas reglas sobre el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a no ser separados de su

familia y sobre la presunción a favor de la familia biológica.

1. En la Sentencia SU-225 de 199857, la Corte afirmó que la intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección. Ante esa eventualidad compete al Estado prestar la protección y el cuidado que las niñas y los niños necesitan. En otros términos, los padres y demás familiares se encuentran legalmente obligados a ofrecerle a la niñez protección y sustento. El Estado deberá intervenir cuando quiera que ese cuidado y protección no sea suficiente. Dicho en pocas palabras: “en aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo”⁵⁸.

En torno a este punto, señaló la Corte Constitucional que uno de los aspectos más importantes al considerar la viabilidad de medidas de intervención, es que el argumento económico se deje de lado, esto es, que no pendan las medidas de intervención estatal de que las niñas o los niños podrán estar en mejores condiciones económicas. Tales condiciones económicas no representan razón suficiente “para privarlos de la compañía de sus familiares biológicos, por lo cual deben establecerse motivos adicionales, de suficiente peso, para legitimar una intervención de esta magnitud y trascendencia. Lo contrario, equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas o educativas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres no estén en condiciones económicas [o educativas] ‘adecuadas’ –un trato a todas luces discriminatorio–”⁵⁹.

1. Igualmente en la Sentencia T-587 de 199860, la Corte sostuvo que un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente “de afecto, solidaridad, alimentación equilibrada” que suele propiciar “la educación, la recreación y la cultura”. Así que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan

contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige. Desde esta perspectiva, la intervención estatal en el núcleo familiar solo puede presentarse de manera marginal y subsidiaria y únicamente si existen razones de peso que así lo ameriten.

Es claro entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que la intervención del Estado en las relaciones familiares puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, puesto que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia⁶¹

1. Así las cosas, precisó la Corte en la Sentencia T-671 de 2010⁶², que en el análisis de los casos en los cuales los niños, niñas y adolescentes han sido separados de su familia biológica, es imprescindible contar con razones suficientes que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones familiares biológicas. Como se ha reiterado en apartes anteriores, los menores de 18 años son titulares de un derecho fundamental prevaleciente a tener una familia y no ser separados de ella; a su vez, la familia en tanto institución social básica es objeto de una clara protección constitucional, que impiden que las autoridades o los particulares intervengan en su fuero interno o perturben las relaciones que la conforman, sin que existan razones de peso previamente establecidas por el ordenamiento jurídico que así lo justifiquen, y únicamente de conformidad con el procedimiento establecido en la ley y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

1. El principio del interés superior de los menores de DIECIOCHO años.

1. Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, ésta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

Ahora, su calidad de sujetos de especial protección deviene del artículo 44 Superior, el cual establece, entre otros aspectos, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. También, preceptúa que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, señala que el niño gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. Además de este instrumento, existen otros tratados y convenios internacionales que consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989⁶³.

1. El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, así “(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 25 de este mismo Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de dieciocho años sobre los demás, estableció: “(...) En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)”.

1. En definitiva, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el

principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

1. Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad⁶⁴. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral⁶⁵.

1. Adicional a lo expuesto, la protección constitucional reforzada de la cual son titulares los niños, las niñas y adolescentes tiene su sustento en (i) el respeto de su dignidad humana, y (ii) la importancia de construir un futuro promisorio para la comunidad mediante la efectividad de todos sus derechos fundamentales⁶⁶.

1. Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de esta Corporación se han establecido los siguientes: (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y

1. El derecho fundamental de los menores de dieciocho años a ser escuchados.

1. El principio del interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño lo define en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes 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.

1. 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 directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

1. El Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12 acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, realizó el siguiente análisis:

(i) Esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos;

(ii) Este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías;

(iii) Respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en

función de su edad y madurez, el Comité precisó: 1) Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación. 2) Los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3) No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados.⁶⁸ 4) La disposición que se analiza no evidencia que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. “Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”. Y 5) Respecto a la madurez, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”.

(iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo.

1. Por otra parte, en concordancia con el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 26, reconoce el derecho al debido proceso en los siguientes términos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

1. Frente al contenido de esta garantía fundamental, en particular, el establecido en el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que en lo posible se brinde

al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento. Es decir, si un menor de dieciocho años demuestra capacidad para emitir una opinión con conocimiento de causa deberá tenerse en cuenta su opinión.

1. CASO CONCRETO

1. Nos encontramos ante la situación de una joven que, a la edad de los 9 años fue declarada en situación de abandono bajo las normas del Código del Menor que rigió hasta 2007. Ante ese hecho fue dada en adopción pero su proceso de adaptación a su nueva familia estuvo signado por una serie de obstáculos, en el que sobresale el hecho que la niña siempre hacía referencia a su familia biológica y a su deseo de volver a su seno, lo que condujo a su madre adoptiva a reintegrarla al ICBF para que restableciera los lazos familiares que supuestamente no existían, según la información que a ella le suministró el ICBF.

El ICBF inició un nuevo proceso de adopción y ubicó a la niña en un hogar sustituto de donde salió varias veces para buscar a su familia de crianza. Actualmente, con 16 años de edad, convive con una hermana por línea materna y es madre soltera.

1. La acción de tutela interpuesta por quien fuera una tía materna de la niña antes de su adopción, tiene por objeto que se deje sin efecto toda la actuación que dio origen al proceso de adopción, es decir, tanto la actuación administrativa –que declaró el estado de abandono, la situación de adoptabilidad y la adopción- como la judicial, es decir, la sentencia que aprobó la adopción.

El fundamento de esta pretensión está en las circunstancias que rodearon el caso, en especial, la falta de información y participación en el proceso administrativo y judicial de la familia de crianza de la adolescente que les impidió participar en el procedimiento que llevó al ICBF a declarar a la niña en situación de adoptabilidad –en los términos del actual código de infancia y adolescencia-, pese a contar con personas que podían hacerse responsables de ella.

En consecuencia, se impone a la Sala analizar la actuación administrativa surtida ante el ICBF como el proceso judicial con el que concluyó el proceso de adopción. Actuaciones frente a las cuales la acción de tutela se torna procedente si se demuestra que en ellas se incurrió en alguna de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, extensivas a las decisiones adoptadas en procedimientos administrativos, en este caso, al proceso especial que debe seguir el ICBF para dar en adopción a un niño, niña o adolescente.

En ese orden de ideas, se debe estudiar tanto el procedimiento administrativo como el judicial que se siguió para dar en adopción a la adolescente a favor de quien se presentó la acción de tutela.

1. EL DEFENSOR DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL DE ARANJUEZ DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, OMITIÓ DECRETAR PRUEBAS RELEVANTES DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE DECLARACIÓN DE ABANDONO DE SOFÍA.

1. Hemos advertido que la actividad de las autoridades administrativas debe desplegarse bajo la estricta observancia de la Constitución y en especial del derecho fundamental al debido proceso, el cual desarrolla el principio de legalidad, ya que los actos de la autoridad producirán efectos jurídicos siempre que ésta ejerza sus atribuciones dentro del marco legal.

1. Corresponde a la Sala precisar, ahora, nociones esenciales para resolver el caso de la referencia, tales como el de los procesos administrativos diseñados por el legislador para proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para el efecto, es necesario distinguir entre la normativa que rigió hasta el 8 de mayo de 2007, fecha en la que entró en vigencia la Ley 1098 de 2006, mediante la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, por cuanto los hechos objeto de la presente revisión tuvieron ocurrencia en

vigencia del anterior Código del Menor, Decreto 2737 de 1989.

1. El proceso administrativo especial de declaración de abandono. código del menor.

1. Antes de la vigencia del Código del Menor –Decreto 2737 de 1989– esto es, mientras rigió la Ley 98 de 1920 y hasta 1964, año en que se expidió el Decreto 1818, por el cual se creó el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y se reorganizó la División de Menores del Ministerio de Justicia, las situaciones de abandono de niños o en situación de peligro físico o moral eran competencia de los jueces de menores⁶⁹. Sin embargo, poco a poco se fueron desplazando estas competencias a las autoridades administrativas. A partir de la puesta en vigencia del Decreto 2737 de 1989 se le confieren expresas atribuciones a éstas, concretamente al ICBF, para resolver situaciones de abandono y de peligro en las que pudieran encontrarse los niños, niñas y adolescentes. Los artículos 29, 36 y 38 del Decreto en mención disponían:

“Artículo 29. El menor que se encuentre en alguna de las situaciones irregulares definidas en este título, estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el presente Código.

ARTÍCULO 30. Un menor se halla en situación irregular cuando:

1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro.
2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.
3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal.
5. Carezca de representante legal.
6. Presente deficiencia física, sensorial o mental.

7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.

8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la Ley.

9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

Por su parte, los artículos 36 y 38 señalaban las competencias y procedimiento a seguir en el caso de la primera causal, es decir, la situación de abandono o de peligro.

“Artículo 36. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones.

Artículo 38. (...) El Defensor de Familia, antes de pronunciar su decisión, oirá el concepto de los profesionales que hacen parte del equipo técnico del Centro Zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de la respectiva Regional y entrevistará al menor sujeto de la protección, con el objeto de obtener la mayor certeza sobre las circunstancias que lo rodean y la medida más aconsejable para su protección.”

De la anterior normativa pueden extraerse las siguientes conclusiones:

(i) La legislación definía las llamadas situación irregulares en las que podría encontrarse un menor de 18 años. Una de ellas, la denominada situación de peligro o abandono que, se producía, entre otros casos cuando “Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.”, artículo 31 numeral 2.

(ii) Correspondía al ICBF, como autoridad competente brindar protección a los menores de dieciocho años y en consecuencia, a través de sus Defensores de Familia, entre otras,

declarar la situación de abandono o de peligro con base en las causales establecidas en la normativa;

(iii) Dentro de dicho proceso administrativo, el Defensor de Familia tenía la obligación de escuchar la declaración a quienes de acuerdo con la ley debían asumir el cuidado y la crianza del menor de dieciocho años o a quien de hecho lo tuviere a su cargo;

(iv) Se imponía escuchar al niño, niña o adolescente sujeto de protección, en los términos del artículo 10, que expresamente indicaba “Todo menor tiene derecho a expresar su opinión libremente y a conocer sus derechos. En consecuencia, en todo proceso judicial o administrativo que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes” .

1. De conformidad con el artículo 57 del Código del Menor, en el evento en que el Defensor de Familia llegase a declarar la situación de abandono, podría ordenar una o varias medidas de protección, entre las que se destacaban “2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos y 5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono”

1. La anterior normativa pese a expedirse con anterioridad a la Constitución de 1991 y concomitante con la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, obligaba a los funcionarios del ICBF y en general a todos los integrantes del sistema de protección a aplicar sus normas con fundamento en el nuevo ordenamiento constitucional en especial por el papel relevante que se le dio a los niños, niñas y adolescentes y sus derechos, los cuales en los términos del artículo 44 prevalecen frente a los derechos de los demás sujetos y porque el mismo precepto se incorporó como fuente de derecho la Convención Internacional del Niño, en la medida en que señaló como otros derechos fundamentales de este grupo, los contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, convención en la que la protección integral del niño, niña y adolescente se impuso, ello significa entender que este grupo es sujeto de todos los derechos fundamentales y objeto a su vez de protección, lo que implica la adopción de todas las medidas legislativas, políticas, sociales

para garantizar, restablecer y asegurar sus derechos.

En consecuencia, el Defensor de Familia o el funcionario administrativo competente, al momento de definir cuál era la medida de protección aplicable a un determinado caso, en vigencia del anterior Código del Menor, estaba obligado aplicar directamente la Constitución y en consecuencia las normas de la Convención del Niño, para tomar decisiones que tuvieran como eje central la protección integral de ese sujeto de derecho, concepto éste que pese a ser incorporado por la Convención Internacional del Niño, en nuestro ordenamiento sólo se vino a consolidar con el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, y que, entre otras cosas, imponía entender que el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella era el objetivo fundamental de cualquier sistema de protección, siempre y cuando no existieran elementos contundentes que determinaran que el interés superior de aquel se vería protegido de una mejor manera con la separación de su familia de origen.

“El concepto de protección integral implica un rechazo del concepto tutelar de protección, en el cual la principal medida de protección era la separación del niño de su entorno familiar, por considerar a los padres como amenaza para el bienestar del niño. Es el rechazo de un sistema de protección desprovisto de garantías, porque éstas se consideraban innecesarias y hasta inconvenientes, puesto que se entendía [que} todo lo que se hacía, era para el bien del niño. Un sistema que, en vez de ayudar al niño a recuperar su autoestima y desarrollar un proyecto de vida, les privaba de libertad y vulneraba su dignidad, preparándoles para una vida de marginalización y violencia. El concepto de corresponsabilidad, en vez de culpar a las familias que no podían ofrecerles a sus hijos condiciones dignas de vida, reconoce su derecho a programas y políticas sociales que les permita cumplir con sus deberes hacia sus hijos.”⁷⁰

1. Significa lo anterior que el estado de adoptabilidad es y sigue siendo la más drástica de las medidas previstas tanto por el Código del Menor derogado como por el actual, lo cual obliga al Estado a observar una serie de requisitos que le permitan tener la certeza que definitivamente la familia de origen o quien tuviere a cargo el cuidado, crianza o educación del niño, niña o adolescente no pueden asumir su cuidado ni asegurar el restablecimiento de sus derechos⁷¹.

1. El trámite de adopción sólo se puede dar cuando previamente se ha declarado al niño o a la niña en situación de abandono o su representante legal da el consentimiento para que opere la adopción⁷². Ello es así, precisamente porque, de otra manera, no sería posible preservar la observancia plena de disposiciones constitucionales tales como presunción a favor de amparar principalmente el nexo biológico primario entre padres e hijos. Esta presunción debe ser analizada bajo la perspectiva que presenta tanto la garantía constitucional de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes como la del derecho a tener una familia y no ser separados de la misma, cuestiones éstas que, como se mostró, guardan un estrecho vínculo.

1. En ese contexto, únicamente se podía declarar la situación de abandono cuando en el proceso administrativo se lograra demostrar claramente que el niño o niña de que se trate, carecía de las personas que por ley están llamadas a satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado. En cualquier caso, en el trámite que conducía a la declaración de situación de abandono, los funcionarios administrativos debían -y hoy también- observar estrictamente la Constitución y, en especial, el derecho constitucional fundamental al debido proceso y a la prevalencia de la unidad familiar.

Las autoridades públicas deben tener presente que sus decisiones han de ser el resultado de un procedimiento respetuoso de las formas propias de cada juicio, mucho más los Defensores de Familia para quienes es imperativa la sujeción a la Constitución, por cuanto las decisiones que adoptan afectan directamente a la familia. Por ello tienen el deber constitucional y legal de garantizar el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de la igualdad de las partes⁷³.

Aparece claro pues, que el Defensor de Familia tenía en vigencia del Código anterior - y la sigue teniendo- la obligación de verificar en el caso concreto, de manera real y actual los presupuestos fácticos y jurídicos para que se configure una situación de abandono -hoy, en vigencia del nuevo Código que se den los supuestos para declarar la situación de adoptabilidad- por cuanto como lo señaló esta Corporación en otra decisión “no puede por sustracción de materia, hacer tal declaratoria, si al momento de proferir el correspondiente acto administrativo conoce de la disposición de los padres o personas legalmente obligadas a

velar por el menor, de reivindicar ese derecho y cumplir con esa obligación”74.

1. Con base en la Resolución Nº 064 del 31 de julio de 200475 y en las pruebas que obran en el plenario, éstas son, en resumen, las actuaciones que desplegó el ICBF en el curso del procedimiento especial de declaración de abandono objeto de revisión:

Fecha

Actuación

16 de enero de 2004

* Su tía-abuela, la señora Doris se presentó al ICBF, Centro Zonal, manifestando que entregaba a la niña Sofía de 8 años y 11 meses de edad porque no contaba con familiares que pudieran cuidarla; pues su madre la había abandonado y su abuela, quien la había acogido desde recién nacida, había fallecido.

* La niña entró en protección del ICBF.

(Cd. fl.)

19 de enero de 2004

El dictamen médico arrojó como conclusión que Sofía presentaba un “...leve retardo en el desarrollo pondoestatural...”

08 de marzo de 2004

Se notificó el auto de la apertura del proceso administrativo de protección a los señores Hernando, Andrea y Ofelia, en el cual se les informaba acerca de los recursos que procedían en contra del mismo.

15 de marzo de 2004

Miguel, abuelo de la menor de dieciocho años, rindió su declaración.

17 de marzo de 2004

La trabajadora social y la psicóloga, adscritas al Centro Zonal del ICBF practicaron una visita a la residencia de la señora Andrea.

17 de marzo de 2004

Ofelia y Hernando, bisabuelos de Sofía, fueron citados a declarar pero manifestaron que se acogían a la excepción de no hacerlo por ser sus parientes.

25 de marzo de 2004

La Defensora de Familia le notificó personalmente a la madre biológica de Sofía el auto de apertura de investigación.

26 de marzo de 2004

La psicóloga del ICBF realizó una entrevista no programada a la madre biológica de Sofía.

26 de marzo de 2004

La madre biológica de la niña fue escuchada en declaración.

02 de julio de 2004

La trabajadora social del Centro Zonal presentó el informe social.

31 de julio de 2004

La Defensoría de Familia, adscrita al Proyecto de Protección del Centro Zonal, mediante Resolución N° 064 del 31 de julio, declaró la situación de abandono de Sofía y adoptó como medida de protección el inicio de los trámites para su adopción.

24 de agosto de 2004

La anterior decisión le fue notificada personalmente a la Personería Municipal de Macondo.

09 de septiembre de 2004

Se le notificó la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 a la señora Andrea, madre biológica de la niña.

15 de septiembre de 2004

La Defensora de Familia dejó constancia de que el término para recurrir la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 había transcurrido en silencio.

14 de octubre de 2004

La Defensora de Familia dejó constancia de que en el término previsto en la ley, 20 días, los padres y personas interesadas no intentaron la acción de homologación.

15 de octubre de 2004

La Defensora de Familia ante la declaración de abandono ejecutoriada solicitó, con base en el artículo 62 del Código del Menor su inscripción en el libro varios del registro civil de nacimiento de Sofía.

20 de octubre de 2004

Se le practicó a Sofía, valoración psicológica, y la psicóloga dejó constancia de que la niña se encontraba escolarizada en el grado cuarto de primaria.

25 de octubre de 2004

Se rindió dictamen médico en el que se indicaba que la niña es una paciente sana.

22 de diciembre de 2004

La Defensora de Familia de la oficina de adopciones certificó que la señora Susana, reunía los requisitos para brindar un hogar adecuado y estable a un menor de dieciocho años.

Además, ese mismo día, la futura madre adoptante recibió a la niña; es decir, antes de que el juez de familia emitiera la sentencia de adopción.

1. Teniendo en cuenta la normativa que regía el procedimiento administrativo de protección para ese entonces y las actuaciones que adelantó la autoridad administrativa dentro del mismo, esta Sala concluye lo siguiente:

1. En primer lugar, para esta Corporación es claro que el día 16 de enero de 2004, Doris, tía-abuela de Sofía, la condujo desde su lugar de residencia en Macondo hacia la Ciudad Verde, manifestándole a sus familiares y a la propia niña que la llevaría de paseo. Sin embargo, la llevó al ICBF, Centro Zonal, señalando que la niña se encontraba en un completo estado de abandono, ya que no contaba con ningún familiar que se hiciera cargo de ella, pues su madre biológica la había entregado 52 días después de que nació a la señora Nancy, abuela materna de la niña, quien se encargó de su crianza y manutención hasta que falleció, y que su padre no la había reconocido y se desconocía su paradero. Por lo anterior, agregó que quien cuidaba de ella era su abuelo materno, el señor Miguel. También señaló que el señor Miguel la había entregado a la señora Nilet, también tía-abuela de la niña, y que posteriormente estuvo bajo el cuidado de sus bisabuelos quienes la maltrataban física y psicológicamente, y que además estuvo expuesta a un posible abuso sexual por parte de un tercero.

La señora Doris suscribió un documento el mismo 16 de enero, en el que explicó las razones por las cuales pedía protección para su sobrina: “Mi hermana Nancy fue abuela de crianza de la menor Sofía, ya que su madre Andrea la abandonó. A la muerte de Nancy... la menor quedó bajo protección del abuelo Miguel, quien la entregó a Nilet quien vivía en Belén. Ante

las travesuras de la menor la entregó a los bisabuelos, quienes se encuentran mal de salud, en pobreza extrema y sin tolerancia para ayudar a varios nietos huérfanos que vive en el hogar. La situación... es de Maltrato Físico ante sus travesuras infantiles, riesgo sexual, falta de cariño y extremada pobreza para su alimentación y vestido”.

1. En segundo lugar, se encuentra acreditado que el mismo día, esto es, el 16 de enero de 2004, la niña quedó bajo protección del ICBF y que el 8 de marzo de la misma anualidad le notificaron el auto de apertura del proceso administrativo de protección a los bisabuelos de la niña, esto es, a Hernando y a Ofelia y a su madre biológica, Andrea. Llama la atención de esta Sala, el hecho de que dicho auto no fue notificado al señor Miguel, abuelo de Sofía, quien estaba a cargo de ella después de que falleció su abuela materna. Sin embargo, el 15 de marzo de ese año, rindió su declaración, en la cual expresó que “no sabe el porqué la niña la protege el ICBF... la monjita se la llevó a pasear a Ciudad Verde...” (cd.6, fl.6).

Frente a la conclusión que presenta la Defensora de Familia (cd.6, fl.7) en el sentido de que el señor Miguel “en definitiva cree oportuno que la menor Sofía sea dada en adopción” no es una conclusión inequívoca a la cual pueda llegar esta Corporación porque su declaración no aparece completa en el expediente, sólo se presentan apartes de lo que al parecer le manifestó al ICBF, pero, se reitera, del aparte que se transcribió en la Resolución por medio de la cual se declaró la situación de abandono de la niña, no puede extraerse de forma diáfana esta conclusión, con mayor razón si se compara con lo que manifestó posteriormente ante el Tribunal Superior, en los siguientes términos:

“(...) la niña me la arrebataron forzosamente tratándose de un paseo que supuestamente le ofreció la señora Sor Doris dándola en adopción, ya que aprovechó el momento en el que yo me encontraba desarrollando mis labores como agricultor, quiero que me la devuelvan al hogar ya que toda la familia aclama la presencia de ella. No entendemos la razón o el por qué no nos dejan comunicar con ella, todos tenemos el derecho de hablar con nuestros familiares.” (cd.6, fl.204).

Ahora bien, aunque Sofía había convivido un tiempo con sus bisabuelos, éstos se negaron a rendir su declaración dentro del proceso administrativo, aduciendo algo que llama la atención de la Sala, esto es, la prohibición del artículo 33 de declarar contra si o contra los parientes

hasta el cuarto grado de consanguinidad, hecho que es un indicio de la falta de información que éstos recibieron por parte de los funcionarios del instituto sobre las implicaciones del trámite que se estaba realizando y su posibilidad de participar en dicho procedimiento.

Posteriormente, el auto de apertura del proceso administrativo de protección tan sólo le fue notificado personalmente a la madre biológica de la niña, el 25 de marzo de 2004. No sin antes advertir que el 17 de marzo de esa misma anualidad, miembros del ICBF realizaron una visita domiciliaria a la casa de la señora Andrea, madre biológica de Sofía. Obviamente, se notifica a esta persona porque fue la única que participó en el proceso, como lo exige la normativa. La ausencia de participación de otros parientes o familiares de la niña se produjo por una indebida conducción del proceso y la falta de indagación sobre su entorno familiar.

El 26 de marzo de ese mismo año la señora Andrea rindió declaración en los siguientes términos:

“Ratifica lo afirmado por la denunciante del caso, en el sentido de que no ha tenido bajo su cuidado a la menor Sofía desde que ésta tenía 52 días de nacida. Según ella porque su mamá se la había retirado porque se había organizado con otro hombre... Del progenitor de la menor, señaló que era el señor CARLOS quien había abusado de ella (...)

Yo estoy dispuesta a dar el consentimiento para que Sofía sea dada en adopción porque no puedo darle, ni un futuro ni un hogar (...)

Sobre que familiar podría hacerse cargo de su hija, expresó: ninguno (...)” (cd.6, fl.4).

Ahora bien, según el artículo 37 del Código del Menor, vigente para la época en que los hechos tuvieron lugar, el Defensor de Familia tenía la obligación de escuchar en declaración a todas aquéllas personas, que de acuerdo con la ley debían asumir el cuidado y la crianza de la menor de 18 años o de quien lo tuviere a su cargo. En el caso específico, dicha obligación no se cumplió a cabalidad, pues, la autoridad administrativa en ejercicio de su atribución legal y constitucional debió decretar pruebas encaminadas a determinar con precisión y claridad las circunstancias familiares que rodeaban a la niña. En este caso, la

señora Doris entregó a la niña al ICBF aduciendo su abandono, argumento que obligaba al funcionario competente a investigar rigurosamente la real situación de ésta, asunto que no era difícil porque quien la entregó precisó el nombre de quienes habían asumido su cuidado desde que nació, aduciendo, además, que por su condición de monja, siempre estuvo ausente del entorno familiar en que ella creció. Estas dos circunstancias, es decir, la mención de unos nombres y el hecho de no conocer el desenvolvimiento de la relación familiar, obligan al funcionario del ICBF a indagar sobre las condiciones y sujetos de crianza durante sus 8 años y 11 meses de vida, pues era claro que la madre de la niña nunca se había ocupado de atenderla ni de brindarle compañía y afecto.

Es importante resaltar que cuando la niña fue evaluada por los psicólogos y médicos del ICBF, para iniciar los trámites de adopción concluyeron que su estado de salud era aceptable y su grado de escolaridad también, ese diagnóstico hecho con anterioridad, es decir durante el trámite para declarar a la niña en situación de abandono, hubiera permitido inferir que el estado de la niña no era el que manifestaba quien la entregó, pues sus derechos a la salud y a la educación parecían satisfechos, hecho que obligaba un análisis sobre quién y cómo había permitido su garantía, asunto que no fue relevante para quien asumió el trámite administrativo. En este específico punto, la Sala coincide con la Procuraduría Delegada para los asuntos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, en el sentido de que esos hechos imponían un análisis preciso sobre la situación real de la niña.

No obstante, se repite, el ICBF inició el proceso administrativo de protección llamando a declarar a personas que no convivían con la niña, como era el caso de su madre biológica. En efecto, aunque la persona que la entregó al ICBF adujo que su progenitora jamás había asumido su crianza y educación, y mucho menos le había prodigado el amor y cuidado que una niña requiere desde su más temprana infancia, lo cual fue ratificado por la propia madre al momento de rendir su declaración; la señora Andrea fue la única persona a la cual se le notificó legalmente la apertura del proceso de protección. Contraviniendo con ello, lo dispuesto en la normativa que regía para la época, en el sentido de que el Defensor de Familia debía abrir la investigación y ordenar la práctica de pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias de la situación de abandono y además, ordenar la citación a quienes de acuerdo con la ley tengan la obligación de asumir su cuidado personal o de quienes de hecho lo tuvieran (artículo 37 del Código del Menor)

Al revisar la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 y teniendo en cuenta los elementos probatorios que constan en el expediente puede considerarse que la autoridad administrativa asumió como ciertos todos los hechos que narró la señora Doris, pese a que la niña había convivido durante toda su vida, 8 años y 11 meses, con su familia extensa y como si ello no bastara, fundamentó la declaración de abandono exclusivamente en los dichos de la madre biológica, persona con la cual no tenía ningún vínculo afectivo y con la que nunca convivió. En ese orden, la visita domiciliaria que correspondía practicar no se llevó en la casa de sus bisabuelos ni de su abuelo materno, personas que se encargaron de la crianza de la niña sino en la residencia de la señora Andrea, en donde nunca vivió. En este orden de ideas, se vulneró el derecho al debido proceso cuando no se indagó sobre el entorno de crianza de la niña al momento en que la señora Doris la sustrajo de su ambiente familiar. No hubo una instancia real para controvertir las pruebas que se allegaron al expediente ni de ejercer su legítimo derecho de defensa, núcleo esencial del derecho al debido proceso administrativo, esto es, que las personas afectadas puedan enterarse del inicio de los procedimientos que adelanta la administración y que pueden afectarlos, y además ejercer su derecho de contradicción e impugnación.

A pesar de que el ICBF alegó que la madre y representante legal dio su autorización para dar en adopción a la niña, no reparó en el hecho de que ésta había renunciado a la crianza de su hija cuando a los 52 días de nacida la dejó al cuidado de sus abuelos y eran estas personas las que por más de 8 años habían cuidado de ella, las que debían ser escuchadas en el proceso, para determinar si efectivamente carecía de familia extensa que se pudiera hacer cargo de su cuidado y que hiciera razonable su declaración de abandono. Era tan evidente esto en el proceso administrativo que la madre biológica afirmó: “Sofía sabe que soy su mamá pero no la he tenido nunca bajo mi cuidado” (cd.6, fl.4).

Es claro que en este procedimiento al ICBF le bastó cumplir la forma, es decir, obtener la autorización o consentimiento de la madre biológica de la niña, sin reparar que su obligación constitucional por mandato del artículo 44 constitucional era proteger el derecho fundamental de la niña a tener una familia y no ser separado de ella.

En virtud de lo anterior, se pregunta la Sala ¿Cómo podría atacar la familia extensa, en especial quienes asumían el cuidado de la niña, los actos administrativos emitidos por la defensora de familia si no habían sido notificados de dicho procedimiento ni fueron enterados

de sus implicaciones?

En suma, es flagrante la vulneración del derecho al debido proceso administrativo de las partes interesadas en el trámite de declaración de abandono de la niña por parte del ICBF, entidad que precisamente está instituida para proteger a la niñez y a la infancia en Colombia.

1. Otro defecto fáctico fue omitir la práctica de pruebas relevantes para resolver el caso. La Defensora de Familia no escuchó en declaración a la niña dentro del trámite del proceso administrativo, lo que generó una grave vulneración de su derecho fundamental a ser escuchada, derecho consagrado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el artículo 10 del Código del Menor que regía cuando se surtió el procedimiento en revisión y que expresamente determinaba “Todo menor tiene derecho a expresar su opinión libremente y a conocer sus derechos. En consecuencia, en todo proceso judicial o administrativo que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante...”

En el mismo sentido, el artículo 38 del Código del Menor preceptuaba que el Defensor de Familia antes decidir sobre la medida de protección que debía ser adoptada, debía oír al menor de dieciocho años con el fin de obtener certeza sobre las circunstancias que lo han rodeado y escoger aquella que asegure en mayor grado sus derechos fundamentales. No obstante, en el presente caso, ese derecho, que como se indicó, ya era de obligatoria observancia en vigencia del Código anterior, se vulneró porque la niña frente a la cual se adoptó la medida de adoptabilidad no fue escuchada, seguramente de haberlo sido, el equipo interdisciplinario hubiese tenido la oportunidad de cerciorarse del entorno familiar que la rodeaba, los lazos que tenía con ellos y su percepción sobre los mismos, lo que seguramente les hubiera permitido indagar con mayor profundidad sobre su ambiente y después de un juicioso estudio establecer si efectivamente la niña debía ser dada en adopción o podía ser integrada a su familia con asistencia del Estado. Esta posibilidad negó cuando los funcionarios encargados del proceso administrativo de protección omitieron escucharla.

No se puede admitir el argumento según el cual una niña de 8 años y once meses poco podía

decir sobre su entorno familiar. Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo.

Retornando al caso bajo revisión, es preciso señalar que para la época en que el ICBF adelantó el trámite administrativo para decretar la medida de adoptabilidad, la niña estaba próxima a cumplir los 9 años de edad y su opinión hubiera permitido establecer, especialmente, su relación y la percepción que tenía frente a las personas con las que convivía, opinión que hubiese ayudado a establecer si en su caso se imponía como única forma de protección y realización de sus derechos fundamentales el separarla de su familia de origen, medida que como se explicó en otro apartado de esta sentencia en consonancia con la Constitución y las normas internacionales debe ser excepcional, porque existe la presunción a favor de la familia biológica, presunción que corresponde desvirtuar al Estado, en este caso al ICBF, y en la que la situación de pobreza no es argumento suficiente para romperla.

Obsérvese que según cuenta la madre adoptante, desde que la niña llegó a su hogar, refería que quería regresar a donde su “familia propia”, es decir, cuando el Estado optó por crearle un nuevo entorno familiar, bajo el entendido que era la mejor forma de restablecer sus derechos – usando la terminología y el objeto de la nueva legislación de infancia y adolescencia-. Sin embargo, por negligencia por impericia o cualquier otra circunstancia que la Corte no puede calificar, dejó de considerar que existía un vínculo afectivo con su familia extensa, a la que recordaba, reconocía y añoraba. Hecho indicativo de que la niña tenía la capacidad de entender su contexto familiar y podía emitir una opinión frente a él. Sin

embargo, los funcionarios del ICBF desconocieron este derecho fundamental y tomaron una decisión que generó lesiones mayores a los derechos de quien se buscaba proteger.

Era posible que una vez evaluada la opinión de aquella, el ICBF no solo hubiese optado por vincular a esos familiares que reconocía la niña como sus protectores o cuidadores -primer defecto en su actuación-, sino la de adoptar una decisión acorde con sus derechos. En donde si lo que correspondía, en definitiva, era declararla en situación de adoptabilidad, la carga de motivación por parte del instituto era mayor por cuanto estaba en la obligación de demostrar que su familia biológica y extensa no estaba en condiciones de garantizar sus derechos.

1. La defensora de familia incurrió en defecto fáctico por valorar las pruebas de manera arbitraria y caprichosa.

1. Las situaciones de abandono o peligro que consagraba el anterior Código del Menor, siete en total, imponían una serie de actuaciones por parte del ICBF a efectos de escoger la medida o las medidas que permitieran de mejor manera la satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En verdad, fue haciendo carrera en dicho instituto que la mejor forma de proteger a los niños, niñas y adolescentes era separándolos de su familia, a través de las figuras de la colocación familiar, institucional o la adopción, asunto que ha tratado de subsanar la nueva legislación -Ley 1098 de 2006- con apoyo en la doctrina constitucional que interpretó el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y se instituyó la presunción a favor de la familia biológica, expuesta en capítulos anteriores de esta providencia.

Significa lo anterior, que una vez decretada la situación de abandono o peligro, en vigencia del anterior Código, era obligación del ICBF analizar las distintas medidas que se contemplaban en la normativa para establecer cuál de ellas era la que satisfacía o permitía proteger en forma integral los derechos de quien era declarado en situación de abandono o peligro. En donde la iniciación de los trámites para adopción sólo era posible cuando en el proceso administrativo que debía -y aun hoy- agotar el Estado en cabeza del ICBF, resultare fehacientemente probado que el niño o la niña de que se trate, no contaba con ninguna de

las personas que por ley están llamadas a satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte. En otras palabras, la declaración de adoptabilidad sólo se impone cuando existe evidencia clara de que ni los padres biológicos ni la familia extensa ni las personas que de hecho se han ocupado de su crianza, están en la capacidad de garantizar sus derechos -capacidad que nada tiene que ver con lo económico- o que de permanecer en la familia biológica o de crianza conlleve para el niño o para la niña un riesgo insuperable que el Estado está en la obligación de evitar.

1. En el asunto sub examine, la tía abuela que entregó la niña al ICBF manifestó que aunque sí contaba con familia extensa, ninguno de sus miembros estaba en capacidad de asumir su cuidado y manutención, entre otras: i) por carecer de los medios económicos para el efecto; ii) estar sometida a un riesgo de abuso sexual, sin especificar si esta amenaza provenía de un miembro de la familia o de un tercero y iii) por el maltrato físico al que era sometida por uno de sus familiares.

Frente a esta declaración, correspondía al ICBF investigar para corroborar la veracidad de esas afirmaciones y determinar si, como lo señaló la denunciante, la niña efectivamente carecía de un entorno familiar que la pudiera cuidar, proteger, brindarle amor; en otros términos, ser sujetos protectores y garantizadores de sus derechos, pues se repite la declaración de adoptabilidad sólo es posible cuando no existe ningún familiar que pueda y quiera responsabilizarse del niño, niña y adolescente inmerso en un proceso de reestablecimiento de derechos.

La ausencia de una investigación profunda sobre el entorno familiar de la niña por parte de los funcionarios del ICBF quebrantó el derecho fundamental a la unidad familiar, el cual se concreta en que los niños, niñas y adolescentes deben mantener relaciones personales y un contacto directo con su familia biológica hasta donde ello sea posible como la mejor forma de garantizar sus derechos. Con base en esta premisa, esta Sala advierte que en el caso objeto de estudio, cuando el ICBF declaró en situación de abandono a la niña y optó por la medida de la adopción quebrantó no solo su derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella; sino otros derechos igualmente fundamentales como el derecho al debido

proceso y el ser escuchada en el proceso administrativo que se inició con el objeto precisamente de proteger sus derechos y lograr su restablecimiento -finalidad que impuso la nueva normativa de infancia-.

1. Por tanto, el ICBF estaba en la obligación de analizar la situación de la familia extensa de la niña y determinar si para la protección de sus derechos se podía optar por otras medidas de protección distintas a la adopción, tales como entregar la custodia a su familia extensa y brindarles el apoyo necesario para preservar dicho vínculo, por ejemplo, apoyo psicológico, terapias familiares, sensibilización a los familiares que cuidaban a la niña; como también brindarle a la menor de dieciocho años todos los cuidados especiales que requería para atender sus necesidades y propender por su desarrollo armónico e integral, sin que ello implicara la separación de su núcleo familiar, como en efecto ocurrió, sin una motivación razonada y evidente para ello. El ICBF no demostró, como ya se señaló en otro aparte de este fallo, que la medida que mejor se ajustaba al restablecimiento o protección de los derechos de la niña era la adopción.

Para finalizar, frente al desconocimiento de la presunción a favor de la familia biológica, esta Corporación considera que en el proceso en que se declaró en situación de abandono a la menor de nueve años, no se desprende que ésta no fuera apta o que representara un riesgo para su desarrollo armónico e integral, porque ni siquiera obra en el expediente prueba alguna que acredite que se le hubiere realizado un estudio socio-familiar a la misma.

1. LA ADOPCION Y SU IRREVOCABILIDAD

En la legislación anterior -Decreto 2737 de 1989- como en la actual -Ley 1098 de 2006-, la adopción se define como la “principal y por excelencia medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza”⁷⁶

Esa definición no implica que por tratarse de la “principal y por excelencia medida de protección” deba ser la que prime cuando un niño, niña o adolescente es declarado en

estado de abandono o peligro, como lo exigían los preceptos del Decreto 2737 de 1989 o en proceso de restablecimiento –en los términos de la Ley 1098 de 2006-. En vigencia del anterior Código dentro de los procesos administrativos que adelantaba el ICBF se imponían medidas como la colocación familiar, la institucional y la adopción porque se consideraba que así se protegía de una mejor manera al niño, niña y adolescente. Dicho concepto ha tenido que variar en tanto la nueva legislación de la infancia y la adolescencia –Ley 1098 de 2006- como la doctrina constitucional, le apuestan a la institución familiar y por ende, a la presunción de permanencia en la familia biológica, salvo que se demuestre razonadamente que el niño, niña o adolescente debe salir de ella para lograr la protección efectiva de sus derechos. Por tanto, los funcionarios encargados de esta decisión deben tener especial cuidado de no afectar el derecho a la unidad familiar cuando no existan razones válidas para tan drástica decisión.

La razón de la adopción no es otra que satisfacer el derecho fundamental de todo niño, niña y adolescente a tener una familia, razón por la que la normativa desde el año 1989 consagró la llamada adopción plena y su irrevocabilidad, que como una medida de protección -hoy de restablecimiento de derechos- implica que una vez se cumplan los requisitos y se entrega en adopción a un niño, niña o adolescente no puede desconocerse ese hecho ni por la familia de origen ni por el Estado ni mucho menos por el padre o el hijo adoptivo.

La adopción como medida de reestablecimiento de los derechos de toda persona menor de 18 años, implica el rompimiento con su familia de origen, a la que en un proceso previo –proceso administrativo de protección hoy de restablecimiento de derechos- se demostró no estar en las condiciones de propender por el cuidado, respeto, amor y protección y como tal se le declara no apta para seguir con el cuidado del niño, niña o adolescente. Ese rompimiento con la familia de origen implica una modificación del estado civil porque por disposición legal se impone el parentesco civil entre el adoptado con el adoptante y con la familia de éste, hecho que ha llevado al legislador a consagrar su irrevocabilidad.

1. La irrevocabilidad de la adopción

En el Código Civil original de Andrés Bello se consagró la institución de la adopción como un contrato solemne que podía ser revocado por las mismas causales que el artículo 1266 de

esa normativa consagraba para que una persona fuera desheredada, artículo 284.

En 1960 se expide la Ley 140 que introduce algunas modificaciones a los artículos 269 a 287 del Código Civil que regulaban la institución de la adopción. Esta ley mantuvo la posibilidad de revocar la adopción por las causales de desheredamiento, las cuales debían ser declaradas por un juez y elevadas a escritura pública. Igualmente, se consagró la posibilidad de terminarla por mutuo acuerdo entre adoptante y adoptivo, siempre y cuando fueren capaces.

La Ley 75 de 1968, en su artículo 28, mantuvo la posibilidad de revocar la adopción si el juez de menores así lo consideraba. Igualmente, el adoptante dentro de los dos años siguientes a la adopción podía solicitar su revocatoria ante el juez competente quien debía declararla.

La Ley 5 de 1975 modifica sustancialmente la institución de la adopción e introduce los conceptos de adopción plena y simple. En la primera se rompía todo vínculo con la familia de origen, en la segunda, si bien se establecía parentesco con los padres adoptivos, el adoptado podía mantener los apellidos de su familia biológica. Igualmente, esta ley señaló que todas las adopciones surtidas antes de su vigencia eran simples.

En 1989 se expide el Código del Menor -Decreto 2737- que elimina las adopciones simples, artículo 103 y consagra la irrevocabilidad de la adopción, artículo 83, que se consagra como una de las medidas de protección cuando un menor de 18 años fuera declarado en situación de abandono o peligro.

En 2006 se reforma el Decreto 2737 de 1989, mediante la Ley 1098 y se consagra la situación de adoptabilidad como una medida de restablecimiento de derechos de todo niño, niña y adolescente. Se habla de medidas de restablecimiento, en cuanto se cambia la concepción del anterior código de situaciones irregulares, para hablar de los derechos de protección, artículo 20, en donde cualquier situación que pueda afectar la estabilidad emocional, física y moral del niño, niña y adolescente da lugar a que se tomen medidas para el restablecimiento de sus derechos.

Este recuento legislativo permite advertir que desde la expedición del Código del Menor la adopción es irrevocable teniendo en cuenta que si su finalidad es prodigar al niño, niña y adolescente una familia, es inadmisibles que una vez se han agotado todos los requisitos para que ésta sea procedente, se pueda volver sobre ella. De allí la naturaleza e importancia del procedimiento administrativo especial, en el cual se declara en situación de adoptabilidad a un menor de 18 años, como de la decisión judicial que decreta la adopción, en la medida en que nos encontramos frente la materialización de un derecho fundamental que no puede desconocerse por el querer o voluntad de las partes. No son admisibles situaciones en las que un padre o madre adoptante después de aprobada la adopción y entregado el niño, niña y adolescente considere que pueda hacer “devolución” de su hijo adoptado como si se tratase de una mercancía.

La irrevocabilidad de la adopción tiene su fundamento en el plexo de derechos del niño, niña o adolescente, en especial a tener una familia y ser protegido contra toda forma de abandono, artículo 44 de la Constitución.

Sobre la irrevocabilidad de esta institución se pronunció la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en una de sus últimas sentencias en la que señaló:

“Según el art. 88, la adopción se establece de manera irrevocable”, lo que, en sentir de la Corte, lejos de merecer el reproche que le endilga el actor como fórmula excesivamente rígida, da cuenta del querer legislativo de que el estado civil se defina de manera permanente y sólida, que no esté sometido a continuos y peligrosos cambios.

“En efecto, las principales consecuencias de la adopción decretada judicialmente consisten en crear una nueva relación de padre e hijo entre el adoptante y el adoptivo que no lo son por naturaleza, por lo cual éste entra a la familia de aquél y queda definitivamente separado de la propia con alguna excepción; esta nueva relación paterno-filial se extiende a la patria potestad. No hay duda de que estas situaciones jurídicas deben ser estables como se logra por la irrevocabilidad, que no se opone a que la sentencia sea revisable en los términos del Código de Procedimiento Civil. (art. 113) cuando será la oportunidad para que se hagan valer derechos que pudieron ser desconocidos en el juicio, todo como garantía del debido proceso.

“Como consecuencia de la solidez y fijeza que la ley quiere darle al nuevo estado civil que se crea con la adopción, el art. 99 prohíbe las futuras acciones para establecer la filiación de sangre que quedó definitivamente destruida y también el reconocimiento del adoptado como hijo extramatrimonial. Este, sin embargo, puede intentar las acciones tendientes a establecer que eran otros sus padres de sangre, caso en el cual se extingue la adopción”.⁷⁷

Es cierto que esta decisión no hace referencia a la Constitución de 1991 pues para la fecha en que fue dictada ésta no estaba vigente, pero sí hace referencia a la necesidad de dotar de firmeza una decisión tan trascendental en la vida de una familia y en especial para los niños, niñas y adolescentes.

La irrevocabilidad de la adopción no significa que en los casos en donde se han desconocido los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente y los de su familia, ésta no sea procedente como algo excepcionalísimo, así como cuando los hechos que puedan dar origen a ella no pueden alegarse al interponer el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia judicial que declara la adopción. Lo anterior significa que la irrevocabilidad no se puede oponer cuando las actuaciones surtidas al interior del proceso administrativo de protección han desconocido los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente. De ahí la importancia de que en este procedimiento, los funcionarios del ICBF como los jueces, evalúen con rigurosidad las pruebas que obran en el expediente; además que tengan en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente y la participación de su familia de origen o extensa.

La irrevocabilidad de la adopción implica, igualmente, que la persona o las personas que inician el trámite de adopción ante el ICBF y que solicitan ante el juez de familia competente que decreta la adopción, no pueden evadir sus responsabilidades con posterioridad a dicho proceso; pues una vez en firme la sentencia que la decreta, surgen obligaciones jurídicas tanto para los padres adoptantes como para el hijo o hija adoptiva que señala la legislación civil y que no pueden dejarse de lado por la voluntad de las partes, como sucede con todas las relaciones filiales, pues, como ya se indicó, el proceso de adopción es una medida que busca proteger a la niñez y adolescencia en nuestro país para realizar efectivamente su derecho fundamental a tener una familia, y en esa medida, dicho trámite se efectúa atendiendo al interés superior de los menores de dieciocho años y no a las expectativas que puedan tener los adoptantes; entenderlo así, sería instrumentalizar y desnaturalizar la figura

jurídica de la adopción, como también, permitir que las expectativas de los padres adoptantes acerca del nuevo integrante de la familia, en caso de no llegar a ser correspondidas, abra la posibilidad para que su reintegro al ICBF como si se tratara de un objeto, pues dicha circunstancia, desde cualquier punto de vista, transgrede el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como también desconoce el carácter prevalente de sus derechos.

Lo anterior no significa que en casos excepcionalísimos los jueces de familia y subsidiariamente los de tutela, puedan para dar prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescente adoptados y revocar una adopción. Para ello será necesario demostrar defectos de tal naturaleza que, al igual que sucede con las providencias judiciales, permitan afirmar sin lugar a hesitación que el procedimiento tanto administrativo como judicial resulta abiertamente contrario a su objeto: el reestablecimiento de los derechos del niño, niña y adolescente.

Lo anterior, aplicando al caso concreto, permite a la Sala advertir que proceso de protección y los trámites de adopción que siguió el ICBF resultaron contrarios a los derechos fundamentales de la niña que se quería proteger, hecho que impone la revocabilidad de la adopción como consecuencia de todos los defectos que se han enumerado, en la medida en que aquella contaba con una familia extensa que posiblemente se hubiera podido hacer cargo de ella; medidas que no se consideraron por las falencias, omisiones e irregularidades en las que el ICBF incurrió y que tampoco el juez de familia advirtió cuando declaró la adopción.

En otros términos, el ICBF vulneró el derecho fundamental a la unidad familiar de la hoy adolescente, en su perspectiva negativa o de abstención, pues adoptó una medida de protección sin fundamentos claros y contundentes; como también en su faceta positiva, esto es, no desplegó ninguna acción tendiente a mantener y preservar el vínculo afectivo con su familia biológica. De esta manera, el trámite administrativo que adelantó el ICBF estuvo viciado de graves irregularidades, al punto que la autoridad traspasó el límite en el ejercicio de su potestad legal, y por tanto, su decisión no se puede calificar sino de arbitraria y caprichosa.

Se repite, el ICBF desconoció la presunción a favor de la familia biológica, en especial, por la ausencia de una actuación tendiente a demostrar su falta de aptitud o su factor de riesgo para el desarrollo armónico e integral de la niña.

1. En relación con la actuación de la madre adoptante se evidencia una situación muy excepcional. La señora Susana, la reintegró al ICBF el día 12 de noviembre de 2005, señalando que desde que llegó a su nuevo hogar, la niña fue recurrente en su deseo de regresar junto a su familia biológica, a quien llamaba “mi familia propia” (cd. 6, fls. 169; 231).

La señora Susana desconocía las circunstancias bajo las cuales la infante había sido sustraída de su seno familiar, pues, lo que el ICBF le informó durante el año 2004, fecha en que asistió a todas las charlas sobre la situación de la niña que iba a acoger en su seno familiar y sobre el proceso que debía observar para adelantar el trámite legal de adopción, era que había sido abandonada por sus padres y que no contaba con familia biológica que se hiciera cargo de ella. Por ello, al verificar que los hechos que relataba la niña eran ciertos, la entregó al ICBF con el fin de que sus derechos fundamentales fueran restablecidos, pero esta vez, atendiendo a las circunstancias reales que la rodeaban, ya que era evidente que durante el trámite administrativo de protección se había incurrido en graves irregularidades y que la niña no había sido abandonada. Por ello, la Corte entiende que en este caso el regreso de la niña al ICBF se debió a que la niña no estaba en situación de abandono, tenía fuertes lazos afectivos con su núcleo familiar de origen y que por ello, no debió ser decretada su adopción, en amplio desconocimiento de todos sus derechos (cd.6, fls.225-227).

Sin embargo y como si lo anterior no fuera ya lo suficientemente grave, pues fue el instituto el que generó la vulneración de los derechos de la niña, éste continuó con su cadena de errores y desaciertos en contra de la adolescente, pues en lugar de optar por una medida que permitiera el reestablecimiento de sus derechos, por ejemplo, brindando un apoyo psicológico y emocional, como atender la dificultad de comportamiento que ésta presentaba, y volver sobre la decisión de adopción, se dedicó a defender incansablemente su actuación e iniciar nuevamente el proceso administrativo de protección, tendiente a agotar nuevamente

trámites para su adopción, sin reparar en sus errores anteriores. Se pregunta la Sala, si la madre adoptante no tenía razón ¿por qué aceptó el reintegro de la niña al ICBF? y ¿por qué inició nuevamente un trámite de adopción cuando ésta es irrevocable? Las actuaciones surtidas por el ICBF no dan respuesta a estos interrogantes y muestran que falencias como las que se presentaron en este proceso exigen que se adopten los correctivos necesarios para que el Estado no sea precisamente la fuente de vulneración de los derechos de este grupo de especial protección.

En ese sentido, corresponde al Director del Instituto de Bienestar Familiar tomar todas las previsiones para que casos como el que es objeto de análisis no se vuelvan a presentar. En ese sentido, se impone el diseño de protocolos de actuación que permitan a los Defensores de Familia cumplir su importante rol en lo que hace a la protección y restablecimiento de derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

1. El Juzgado de Familia incurrió en la causal específica de procedibilidad denominada error inducido como consecuencia de la actuación administrativa que desplegó el ICBF.

1. Lo primero que se debe precisar es que el caso bajo estudio cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez que:

i) El asunto objeto de estudio es de relevancia constitucional, ya que involucra el derecho fundamental de una adolescente a tener una familia y no ser separada de ella, así como el derecho a la unidad familiar y el derecho al debido proceso;

ii) Considerando que se trata del cuestionamiento de una decisión proferida en el curso de un proceso administrativo especial de protección así como de la decisión que se adoptó al interior de un proceso judicial, la Sala precisa que la familia biológica de la menor de dieciocho años no fue vinculada a dicho proceso y no conoció oportunamente del mismo; en esa medida, no se cuenta con otro medio de defensa judicial para amparar los derechos de la joven;

iii) Con relación al requisito de la inmediatez, teniendo en cuenta que la acción de tutela fue interpuesta el 21 de agosto de 2009, y que la Resolución N° 064 fue proferida el 31 de julio de 2004 y la decisión del Juzgado de Familia data del treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), puede considerarse, en principio, que no se cumple con dicho requisito. No obstante, la Corte ha reconocido excepciones a la inmediatez, cuando a pesar del amplio lapso que transcurre entre la vulneración de los derechos fundamentales y la solicitud del amparo deprecado, se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, aunque el hecho que dio lugar a la misma es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del accionante derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Debe además considerarse la especial situación del sujeto a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, pues a partir de la misma se puede tornar desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

En atención a lo anterior, en el presente caso, es aplicable la excepción al principio de inmediatez, ya que pese a haber transcurrido un tiempo considerable entre el acontecimiento de los hechos que dieron origen al desconocimiento de garantías superiores y la interposición de la acción de tutela, la vulneración de los derechos fundamentales ha sido permanente y continúa en el tiempo, prueba de ello es que actualmente la joven se encuentra al cuidado de una hermana por línea materna y el plexo de sus derechos sigue desconocido.

iv) Con respecto a los demás requisitos, la accionante identifica los derechos que considera han sido desconocidos a su agenciada y los hechos que los vulneraron y es evidente que la providencia que se cuestiona no es una sentencia de tutela.

En relación con los requisitos específicos tenemos lo siguiente.

1. La Sala considera que el Juzgado de Familia incurrió en el denominado defecto por error inducido al proferir la Sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), en virtud de la cual se entregó en adopción a la niña Sofía a la señora Susana. La configuración del error inducido se debe a que dicha sentencia se fundamentó en un acto administrativo que, como se explicó anteriormente, adolece de un defecto fáctico, por lo que si bien la

actuación del juez no es arbitraria, sí resulta vulneratoria de derechos fundamentales de quien fue dada en adopción, ya que le dio continuidad y ratificó una actuación irregular por parte del ICBF, Centro Zonal, bajo la consideración que la niña no contaba una familia que se pudiera hacer cargo de ella. Por tanto, en la medida en que el acto administrativo, en virtud del cual se declaró en situación de abandono está viciado, el fallo que decretó la adopción, corre la misma suerte y no puede producir efectos jurídicos, máxime cuando el juzgado no desplegó actividad alguna para corroborar el estado de abandono en que se encontraba la niña.

Sobre este punto quiere la Corte hacer un llamado a los jueces de Familia, en la medida en que los procesos relacionados con la adopción de niños, niñas y adolescentes, está lejos de ser una simple verificación de requisitos formales o refrendación de lo que hace la autoridad administrativa, en este caso, de la actuación desplegada por los defensores de familia.

Los jueces como garantes de derechos máxime cuando se trata de los derechos de sujetos de especial protección como lo son los menores de dieciocho años, deben ejercer su potestad para conocer en detalle el todo lo concerniente a la situación real de los niños, niñas y adolescentes que se solicitan dar en adopción. Su actuación no se puede limitar a ser fedantes del proceso administrativo -antes de protección hoy de restablecimiento- No. Su obligación como jueces en un Estado Social de Derecho y llamados como ninguno a proteger los derechos fundamentales de este grupo vulnerable, le imponen la obligación de indagar a fondo y requerir pruebas con el propósito de evitar que se incurran en errores como los que se cometieron en el caso bajo estudio.

En suma, su labor exige el desempeño de un papel activo y comprometido con la tarea de proteger y propender por la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de dieciocho años. En consecuencia no se puede seguir admitiendo que los jueces de familia en un proceso que es de la mayor trascendencia para un verdadero restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes funjan como simples testigos de la actuación del ICBF. No, su actividad tiene que ir más allá y hacer uso de sus poderes oficiosos para decretar pruebas y lograr un verdadero convencimiento sobre las decisiones que están llamados a tomar.

En el caso concreto, el Juez de Familia se conformó con verificar que el proceso

administrativo se había desarrollado; que en él participó la madre biológica de la niña y que por demás había dado su consentimiento para que fuera adoptada, para declarar la adopción, actuación ésta que por lo general adoptan todos los jueces de familia quien descargan su función protectora y garantizadora de los niños, niñas y adolescentes en los funcionarios del ICBF.

Lo expuesto, le permite a la Sala exhortar al Consejo Superior de la Judicatura para que adopte las medidas necesarias para que los jueces de familia cumplan su rol de garante de derechos, específicamente dentro del trámite de los procesos de adopción para que conozcan y profundicen en el estudio del caso puesto a su conocimiento y hagan uso de las facultades oficiosas para determinar que efectivamente la única medida de restablecimiento de derechos frente a un niño, niña y adolescente, es la adopción.

1. LAS ÓRDENES A IMPARTIR.

Lo expuesto lleva a esta Sala de Revisión a tomar las siguientes decisiones:

1. Revocar la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2009 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se confirmó la dictada por la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, el 13 de octubre de 2009, y en su lugar, se concederá la tutela de los derechos fundamentales de la adolescente a favor de quien se presentó la presente acción de tutela a ser escuchada, a tener una familia y a no ser separada de ella. En consecuencia de lo anterior,

1. Se dejarán sin efecto tanto la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 proferida por el ICBF, mediante la cual se declaró en situación de abandono a Sofía, como la sentencia proferida por el Juzgado de Familia el treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), en la cual se decretó su adopción. En consecuencia, se impone el cambio de sus apellidos en el registro del estado civil, razón por la que se ordenará a la oficina competente su modificación para que se registre nuevamente con sus apellidos de origen.

1. Teniendo en cuenta la situación anterior y su condición de madre de familia, se impone al Sistema General de Bienestar Familiar, en especial, al ICBF, adopte las medidas necesarias para que la adolescente y su hijo/a por nacer o ya nacido/a, pueda continuar conviviendo con su hermana por línea materna y la familia de ésta en la Ciudad Verde, con quien ha estado en el último tiempo y han manifestado que pueden acoger a la adolescente (cd. 1 fl. 334).

Así las cosas se impone dar aplicación al artículo 63 de la Ley 1098 de 2006, que reconoce el deber de solidaridad y por ende, la posibilidad de que un niño, niña o adolescente reciba la protección de una familia que no es la de origen, siempre y cuando ésta garantice condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral. En ese orden, el ICBF dentro del proceso de restablecimiento que sigue, debe reconocer a dicha familia como el su entorno protector. Esta orden de ninguna manera implica que la adolescente vuelva con su madre biológica ni con su familia extensa en Macondo.

1. Para lograr una protección integral de la adolescente sujeto de esta acción de tutela, la Sala ordenará al Sistema General de Protección en cabeza del ente rector, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo siguiente:

1. Como a la fecha de esta decisión es posible que la adolescente haya dado a luz o esté por hacerlo, se requiere que se le preste toda la atención que sea necesaria para lograr la protección integral de los derechos del infante. En consecuencia, se hará una verificación de derechos y se tomarán todas las medidas para su garantía, especialmente, se tendrá cuidado de asegurar su permanencia al lado de la madre biológica que impida que se repita la historia vivida por su progenitora. Es obligación del Estado velar porque en este caso se concrete el derecho de no repetición.

1. Incluir a la adolescente y a su hijo por nacer o nacido, en los programas que actualmente

existen o los que se lleguen a crear para suplir sus necesidades económicas como, por ejemplo, el programa Hogar Gestor. Esta ayuda deberá extenderse como mínimo durante cinco años –equivale al lapso durante el cual, por motivo del proceso administrativo de protección y la iniciación de los trámites del proceso de adopción la adolescente fue separada de su familia de origen-. Esta decisión busca que tanto la adolescente como su hijo nacido o por nacer puedan contar con una ayuda que les permita suplir sus necesidades económicas que atenten contra su unidad familiar.

1. Hacer un acompañamiento a la adolescente, a su hijo por nacer o nacido y a las personas que le están prodigando cuidado y afecto para lograr un efectivo restablecimiento de derechos. Especialmente, el instituto debe velar por la satisfacción de los derechos a la educación y a la salud, en el primer caso de la adolescente y en el segundo de ella y su hijo nacido o por nacer. En consecuencia, se le ordenará que efectué las gestiones necesarias para que dichos derechos se vean satisfechos.

1. Con fundamento en la responsabilidad que implica toda actuación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes y de la familia, así como de su obligación cardinal de velar por el interés superior de los menores de 18 años en todos los casos en los que se vean involucrados, y dadas las irregularidades que se evidenciaron por parte de esta Sala durante el proceso administrativo -las cuales persisten- se compulsarán copias a la Procuraduría General de la Nación para que se lleven a cabo las investigaciones a que haya lugar contra los funcionarios del ICBF que intervinieron en el proceso administrativo y en el cual se declaró en estado de abandono a la adolescente a favor de quien se instauró la presente acción de tutela.

1. Se exhortará al ICBF para que diseñe un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de esa institución en cuanto a la aplicación de las distintas

medidas de reestablecimiento de derechos para que no se cometan los errores que se evidenciaron en el caso de la referencia.

1. Igualmente se exhortará al Consejo Superior de la Judicatura para que adopte las medidas necesarias para que los jueces de familia cumplan su rol de garante de derechos, específicamente dentro del trámite de los procesos de adopción para que conozcan y profundicen en el estudio del caso puesto a su conocimiento y hagan uso de las facultades oficiosas para determinar que efectivamente la única medida de restablecimiento de derechos frente a un niño, niña y adolescente, es la adopción.

1. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por esta Sala de Revisión.

SEGUNDO.- REVOCAR la Sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 01 de diciembre de 2009, que confirmó la que dictó la Sala de Casación Civil de esa misma Corporación, el 13 de octubre de 2009. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la adolescente a favor de quien se instauró la presente acción de tutela, en especial a tener una familia y no ser separada de ella; debido proceso y ser oída en el procedimiento administrativo seguido por el ICBF, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución N° 064 del 31 de julio de 2004 que profirió el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Aranjuez, por medio de la cual se declaró en situación de abandono a la niña Sofía y se ordenó como medida definitiva de protección la iniciación de los trámites para su adopción.

CUARTO.- DEJAR SIN EFECTOS la Sentencia proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Ciudad Verde el treinta y uno (31) de enero de dos mil cinco (2005), en la cual se decretó la adopción de Sofía.

QUINTO.- Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA a la oficina de la Registraduría del Estado Civil de Macondo, la modificación del registro de nacimiento de Sofía para que vuelva a tener los apellidos de su familia de origen.

SEXTO.- ORDENAR al Sistema General de Bienestar Familiar, en cabeza del ente rector, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia adopte las siguientes medidas:

1. PERMITIR que la adolescente continúe conviviendo con su hermana por línea materna y los abuelos de ésta, quienes manifestaron su disposición de asumir su cuidado en la Ciudad Verde. En ese orden de ideas, el proceso de reestablecimiento que actualmente cursa en esa institución debe velar por dar aplicación del artículo 67 de la Ley 1098 de 2006.

También deberá dar aplicación al artículo 63 de la Ley 1098 de 2006, que reconoce el deber de solidaridad y por ende, la posibilidad de que un niño, niña o adolescente reciba la protección de una familia que no es la de origen, siempre y cuando ésta garantice condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral. En ese orden, el ICBF dentro del proceso de restablecimiento que sigue, debe reconocer a dicha familia como el su entorno protector. Esta orden de ninguna manera implica que la adolescente vuelva con su madre biológica ni con su familia extensa en Macondo.

6.2. PRESTAR toda la atención al niño o niña nacido o por nacer e hijo/a de la adolescente sujeto de protección de la presente acción y garantizarle la protección integral de sus derechos. En consecuencia, se hará una verificación de derechos y se tomarán todas las medidas para su prevalencia, especialmente, se tendrá cuidado de asegurar su permanencia al lado de la madre biológica que impida que se repita la historia vivida por ella. En consecuencia, el derecho de no repetición se debe garantizar de forma especial en este caso.

6.3. INCLUIR a la adolescente y a su hijo/a por nacer o nacido, en los programas que actualmente existen o los que se lleguen a crear para suplir sus necesidades emocionales, psicológicas y económicas como, por ejemplo, el programa Hogar Gestor o clubes juveniles con el fin de que exista un permanentemente acompañamiento en la construcción de su proyecto de vida. Esta ayuda deberá extenderse como mínimo durante los próximos cinco (5) años.

6.4. Prestar el apoyo psico-social necesario a la adolescente, según sus necesidades, para el efecto se designará un psicólogo distinto a los que tuvieron alguna incidencia en el proceso administrativo en donde se impuso la medida de protección de adopción y durante un lapso mínimo de dos (2) años y por el tiempo máximo que se requiera.

6.5. Hacer un acompañamiento a la adolescente, a su hijo/a por nacer o nacido/a y a las personas que le están prodigando cuidado y afecto para lograr un efectivo restablecimiento de derechos. Especialmente, se debe velar por la satisfacción de los derechos a la educación y a la salud, en el primer caso de la adolescente y en el segundo de ella y su hijo/a por nacer o nacido/a. En consecuencia, se deben efectuar las gestiones necesarias para que dichos derechos se vean satisfechos.

SEPTIMO.- Por Secretaria General COMPULSAR copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que en el marco de su competencia inicie las investigaciones a que haya lugar contra los funcionarios del ICBF que intervinieron en el proceso administrativo de protección el cual dio origen a la Resolución en donde se declaró en estado de abandono a la adolescente a favor de quien se instauró la presente acción de tutela.

OCTAVO.- EXHORTAR al ICBF para que diseñe un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de esa institución en cuanto a la aplicación de las distintas medidas de restablecimiento de derechos, en especial, la declaración de adoptabilidad, para que no se cometan los errores que se evidenciaron en el caso de la referencia.

NOVENO.- EXHORTAR al Consejo Superior de la Judicatura para que adopte las medidas necesarias con el fin de que los jueces de familia cumplan su rol de garante de derechos,

específicamente dentro del trámite de los procesos de adopción para que conozcan y profundicen el conocimiento del caso puesto a su conocimiento y hagan uso de las facultades oficiosas para determinar la procedencia de esta medida de restablecimiento de derechos frente a un niño, niña o adolescente.

DÉCIMO.- ORDENAR a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, que dentro de la órbita de sus competencias haga un seguimiento estricto al cumplimiento de las órdenes de este fallo y, dentro de los dos meses siguientes, le presente un informe a la Sala acerca del cumplimiento de éstas.

UNDÉCIMO.- ORDENAR a la Secretaría General que los nombres y los datos que permitan identificar a la adolescente sujeto de esta acción o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ordenar por Secretaría General al Juzgado de Familia que se encargue de salvaguardar la intimidad de la joven y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-844/11

ADOPCION-Irrevocabilidad como elemento esencial (Salvamento parcial de voto)

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN LA ADOPCION-Protección (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expedientes T-2.538.409

Acción de tutela instaurada por Paulina, en representación de Sofía contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y el Juzgado Noveno de Familia del Circuito Judicial de Ciudad Verde.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de salvamento parcial de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

Con posterioridad al reintegro, el ICBF inició un nuevo proceso de adopción y ubicó a la niña en un hogar sustituto de donde salió varias veces para supuestamente buscar a su familia de crianza. Al momento de la resolución del caso, la menor cuenta con 16 años de edad, convive con una hermana por línea materna y es madre soltera. Es de resaltar que la menor no contó nunca con una familia con posterioridad a su reintegro al ICBF.

Consideraba la accionante, quien fuera una tía materna de la menor, que dentro del proceso administrativo y judicial que dio origen a la adopción de ésta, se presentó una grave falta de información y participación de la familia de crianza que les impidió participar en el

procedimiento que llevó al ICBF a declarar a la niña en situación de adoptabilidad, pese a contar con personas que podían hacerse responsables de ella.

Por lo anterior, correspondió a la Sala establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal de Aranjuez, en el municipio de Aranjuez y el Juzgado Noveno del Circuito de Ciudad Verde incurrieron en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos y providencias judiciales respectivamente, al haber declarado en estado de abandono a Sofía y haberla entregado en adopción sin una investigación sobre su real situación.

Luego de estudiar tanto la actuación administrativa como judicial, concluyó la Sala que dentro de los mismos se incurrió en defecto fáctico por las siguientes razones: (i) el Defensor de Familia del centro Zonal de Aranjuez del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- omitió decretar pruebas relevantes dentro del proceso administrativo especial de declaración de abandono y, (ii) la Defensoría de Familia valoró las pruebas de manera arbitraria y caprichosa. Así mismo, estableció que el Juzgado de Familia incurrió en la causal específica de procedibilidad denominada error inducido como consecuencia de la actuación administrativa que desplegó el ICBF.

Por lo anterior, en la parte resolutive de la providencia se dejó sin efecto toda la actuación que dio origen al proceso de adopción, es decir, tanto la actuación administrativa –que declaró el estado de abandono, la situación de adoptabilidad y la adopción- como la judicial, es decir, la sentencia que aprobó la adopción.

Así mismo, se ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- adoptar una serie de medidas a fin de garantizar la protección integral de los derechos fundamentales de Sofía y su hijo nacido, tales como la inclusión de ambos en los programas que actualmente existen o los que se lleguen a crear para suplir sus necesidades emocionales, sicológicas y económicas.

Finalmente, se exhortó al ICBF a diseñar un protocolo en el que se consagren las directrices que deben seguir los funcionarios de la institución en casos como el estudiado. En igual sentido se exhortó al Consejo Superior de la Judicatura para que adoptara las medidas necesarias con el fin de que los jueces de familia cumplieran su rol de garante de derechos dentro del trámite de los procesos de adopción.

i. Motivos del salvamento de voto parcial.

Si bien comparto las órdenes impartidas en la sentencia T-844 de 2011 en aras de garantizar la protección integral de los derechos de Sofía y de su hijo recién nacido, así como las tendencias a evitar que se presenten errores dentro de los procesos de adopción, me apartó de la decisión de dejar sin efecto toda la actuación surtida dentro del trámite de adopción de la menor, tanto en sede administrativa como judicial, por la razón que a continuación expongo.

La adopción entendida en nuestro ordenamiento jurídico como “principalmente y por excelencia, una medida de protección”⁷⁸ en orden a salvaguardar los derechos del menor adoptado, sea niño, niña o adolescente que adquiera la calidad de hijo de un extraño, esto es, el padre adoptivo, presenta como característica esencial su irrevocabilidad.

La incorporación de la irrevocabilidad como elemento esencial de la adopción no obedece a un capricho del legislador, sino al desarrollo histórico de esta institución y al mandato superior establecido en el artículo 44 del que se desprende la obligación del estado y la sociedad de velar por el interés superior del menor.

De allí que en sentencia C-831 de 2006 se estableciera que respecto de la adopción, “merece ser destacado el cambio en la filosofía que ha inspirado la figura. Si bien la adopción consiste en prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por los lazos de la sangre, sus finalidades han experimentado un paulatino proceso de transformación. Así, inicialmente, dentro de una concepción que favorecía el interés del adoptante, la adopción tuvo como propósito dotar de un hijo a quien no lo había querido o no lo había podido engendrar y también brindar consuelo a los ancianos. Con posterioridad, la intención que guió el mantenimiento de la figura fue la de ofrecer protección al adoptado y, entonces, la adopción persigue proporcionarle una familia al menor que carece de ella.”⁷⁹

Por ello, en el trámite actual de proceso de adopción lo prevalente es el interés superior del menor y no la satisfacción de un derecho del adoptante. En tal sentido se pronunció la sentencia C-804 de 2009 al indicar que:

la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta figura como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto: “se desprende del derecho a tener una familia y no ser separado de ésta que en caso de que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece procede la adopción como forma de garantizarlo. Así, quienes no son padres biológicos contraen por ministerio de la ley las obligaciones que tiene un padre natural. El hijo a su vez encuentra en este nuevo núcleo no natural a la que de ahora en adelante será su familia, a la cual pertenecerá y de la cual no debe ser separado”.[69] En el mismo sentido, se ha afirmado que la adopción “persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar.”[70] – negrilla fuera del texto original-.

Dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor,[71] el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.”⁸⁰

Por lo anterior, en aras de garantizar el interés superior del menor, el cual es entendido de conformidad con la sentencia T-090 de 2007 como “(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado”, no resulta conveniente dejar sin efecto el trámite de adopción por las siguientes razones:

-Someter al menor a un nuevo cambio de familia, o al regreso a un hogar sustituto, implica generar una inestabilidad en las condiciones que rodean el crecimiento y desarrollo integral del menor, lo que repercute sin lugar a dudas en el pleno ejercicio de sus derechos.

-Como bien se señala en la sentencia de la cual difiero parcialmente, si la finalidad de la adopción es prodigar al niño, niña o adolescente de una familia, es inadmisibles que una vez se han agotado todos los requisitos para que esta sea procedente, se pueda volver sobre

ella. Por ello, se deben tomar especiales medidas y cuidados dentro del procedimiento de adopción y no con posterioridad a la misma, pues reiterando lo señalado en la misma providencia, “nos encontramos frente a la materialización de un derecho fundamental que no puede desconocerse por el querer o voluntad de las partes”.

-Los padres adoptantes se obligan a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad⁸¹, independientemente de las condiciones que pueda ir presentando el menor en el proceso de adaptación a su nuevo hogar. Aceptar que un padre adoptante pueda devolver a un menor, implica someter al mismo a un doble rechazo, lo que sin duda traerá consecuencias negativas en su desarrollo integral.

Finalmente, no se puede perder de vista que la relación paterno filial creada con la adopción tiene implicaciones directas en materia de estado civil, el cual como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia, debe ser definido de manera permanente y sólida y no estar sometido a continuos y peligrosos cambios⁸². Así mismo, instituciones como la patria potestad, parentesco, derechos sucesorales y otros merecen la misma consideración.

Por las razones expuestas me parto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala Séptima en la sentencia T-844 de 2011, en lo referente a la posibilidad de revocar la adopción de un menor.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

2 El 21 de junio de 2006, el señor Jairo Herrán Vargas, en su calidad de Personero Municipal de Medellín, promovió en agencia oficiosa y en nombre de la niña Sofía (Vélez Castañeda) acción de tutela contra el ICBF, Regional Antioquia, ICBF Centro Zonal Aranjuez y la Defensoría Cuarta de Familia, al considerar que con la declaratoria en abandono de la

infante, se vulneraron los derechos fundamentales de la misma. Para el Personero de Medellín, una vez examinado el caso, se puede concluir que la infante no fue objeto de abandono alguno, sino por el contrario, fue desarraigada de su núcleo familiar y entregada caprichosamente al ICBF (cd.6, fl.37-54). En decisión del dieciséis (16) de agosto de dos mil seis (2006), la Sala Segunda de Familia del Tribunal Superior de Medellín denegó el amparo solicitado por improcedente. Señala la decisión de primera instancia: “Obviamente que, eventualmente, una sentencia que decreta una adopción de un menor puede ser injusta. Empero, para superar tal contingencia, el Legislador previó el recurso extraordinario de revisión, medio defensivo en cuyo desarrollo las partes cuentan con todas las oportunidades de defensa y contradicción, para tratar de derribar el fallo de adopción, al pedirse su invalidez (...) Y es precisamente esa actividad la que actualmente se encuentra en curso frente al fallo que dispuso la adopción de la niña Sofía, motivo que, a la par y conjuntamente con el anterior, también impide el éxito de esta tutela, en virtud de su naturaleza subsidiaria (C.P. artículo 86), lo cual determina su manifiesta improcedencia” (cd.6, fl.66).

3 “Artículo 31.- Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:

1. Fuere expósito.

2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. (...)”

4 Corte Constitucional. Sentencia T-995 del 10 de octubre de 2008. MP. Mauricio González Cuervo.

5 Ídem.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-197 del 23 de marzo de 2011. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

7 Cfr. Sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. MP. Miguel Córdoba Triviño.

8 Ver, entre otras, las Sentencias: T-191 del 25 de marzo de 1999. MP. Fabio Morón Díaz, T-1223 del 22 de noviembre de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis, T-907 del 03 de noviembre de

2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-092 del 07 de febrero de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-024 del 26 de enero de 2010. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

10 Ver, entre otras, las Sentencias: T-191 del 25 de marzo de 1999. MP. Fabio Morón Díaz, T-1223 del 22 de noviembre de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis, T-907 del 03 de noviembre de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-092 del 07 de febrero de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-024 del 26 de enero de 2010. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

12 “Corte Constitucional. Sentencia T-504 del 08 de mayo de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.”

13 “Corte Constitucional. Sentencia T-315 del 01 de abril de 2005. MP. Miguel Córdoba Triviño.”

14 “Corte Constitucional. Sentencia T-008 del 22 de enero de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.”

15 “Corte Constitucional. Sentencia T-658 del 11 de noviembre de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz.”

16 “Corte Constitucional. Sentencias: T-088 del 17 de febrero de 1999. MP. José Gregorio Hernández y SU-1219 del 21 de noviembre de 2001. MP. Manuel José Cepeda.”

17 Cfr. Ibídem. Sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. MP. Miguel Córdoba Triviño.

18 Corte Constitucional. Sentencia T-327 del 15 de julio de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 Corte Constitucional. Sentencia SU-1185 del 13 de noviembre de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil.

20 “Corte Constitucional. Sentencia T-522 del 18 de mayo de 2001. MP. Manuel José Cepeda.”

21 “Sentencias T-1625 del 23 de noviembre de 2000. MP (E). Martha Victoria Sáchica Méndez, T-1031 del 27 de septiembre de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, SU-1184 del 13 de noviembre de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, y T-462 del 05 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.”

22 Ibídem. Sentencia C-590 del 08 de junio de 2005. MP. Miguel Córdoba Triviño.

23 Por ejemplo, los principios de legalidad, favorabilidad, inocencia; los derechos de defensa, publicidad, contradicción, presentar pruebas, controvertir las pruebas que se alleguen, entre otros.

24 Corte Constitucional. Sentencia T-103 del 16 de febrero de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 Ibídem

26 Ibídem

27 Corte Constitucional. Sentencia T-590 del 01 de agosto de 2002. MP. Miguel Araújo Rentería.

28 Ver, entre otras, las Sentencias: T-814 del 19 de octubre de 1999. MP. Antonio Barrera Carbonell, T-450 del 04 de mayo de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-159 del 05 de marzo de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 del 05 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett, T-1065 del 07 de diciembre de 2006. MP. Humberto Sierra Porto y T-458 del 07 de junio de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis.

29 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T- 1065 del 07 de diciembre de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

30 Ibídem. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

31 Sentencia T-239 del 30 de mayo de 1996. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

32 Sentencia T-576 del 10 de diciembre de 1993. MP. Carlos Arango Mejía.

33 Ibídem. Sentencia T-538 del 29 de noviembre 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

35 Ver, entre otras, las Sentencias: T-492 del 11 de junio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-702 del 05 de julio de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

36 Cfr. Ibídem. Sentencia T-702 del 05 de julio de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández y T-590 del 27 de agosto de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

37 Ibídem. Sentencia T-590 del 27 de agosto de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

38 Ver al respecto, entre otras, la Sentencia T-572 del 26 de agosto de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

39 Corte Constitucional. Sentencia T- 447 del 13 de octubre de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

40 Corte Constitucional. Sentencia T-408 del 12 de septiembre de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

41 Ibídem. Sentencia T-572 del 26 de agosto de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

42 Ídem.

43 Ídem.

44 Reiterada jurisprudencia constitucional ha ratificado que la pobreza jamás puede ser un motivo permitido -por irrazonable- para ordenar la separación de los niños de su medio familiar. Ver, al respecto, entre otras, las Sentencias T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y T-887 del 01 de diciembre de 2009. MP. Mauricio González Cuervo, en las que se señaló: “ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas o educativas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres”.

45 Ver página web:
https://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/frame_detalle.php?h_id=527.

46 Corte Constitucional. Sentencia T-671 del 31 de agosto de 2010. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

47 Ídem.

48 Sentencia T-887 del 01 de diciembre de 2009. MP. Mauricio González Cuervo. En esta providencia la Corte hizo referencia a la Sentencia T-587 de 1998, en la que le correspondió a la Corte Constitucional establecer si el ICBF había desconocido los derechos fundamentales de una niña a tener una familia, al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tenía una edad menor y ello podría generar traumatismos. En una sentencia reciente, la Corte Constitucional abordó el estudio de un caso similar al que se encuentra bajo examen de la sala Quinta en la presente oportunidad. Igualmente, citó la sentencia C-572 de 2009 en la que la Corporación efectuó una juiciosa aproximación al concepto de familia. En uno de los apartes del fallo sostuvo sobre el particular: “El punto de partida clásico de la noción de familia es aquel según el cual aquélla se origina en el matrimonio. De igual manera, este término incluye el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a cargo, la relación de hombre y mujer sin descendencia. Igualmente, abarca los lazos familiares derivados de la adopción. Este es el concepto que se toma en consideración en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

49 Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

50 “(...) los niños tienen derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible (...)”

51 “(...) los niños no serán separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, salvo que medien circunstancias que justifiquen tal curso de acción como medio para satisfacer el interés superior de los niños (...)”

52 “(...) cuando sea posible, los niños tienen derecho a crecer bajo el cuidado y la responsabilidad de sus propios padres (...) los niños de temprana edad no podrán ser

separados de sus madres, salvo que medien circunstancias excepcionales (...)”

53 Aprobado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996 y declarado exequible mediante Sentencia C-383 del 22 de agosto de 1996. MP. Antonio Barrera Carbonell.

54 “(...) Cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en la familia de origen (...)”

56 “(...) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...)”

57 Corte Constitucional. Sentencia SU-225 del 20 de mayo de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

58 Sentencia T-887 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

59 Ídem.

60 Corte Constitucional. Sentencia T-587 del 20 de octubre de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

61 Corte Constitucional. Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

62 Corte Constitucional. Sentencia T-671 del 31 de agosto de 2010. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

63 Corte Constitucional. Sentencia C-853 del 25 de noviembre de 2009. MP. Carlos Iván Palacio Palacio.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003. MP. Miguel Araújo Rentería.

65 Corte Constitucional. Sentencia T-466 del 09 de junio de 2006. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

66 Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 24 de abril de 2003. MP. Miguel Araújo Rentería.

67 Corte Constitucional. Sentencia T-502 del 30 de junio de 2011. MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

68 En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...) en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los derechos del niño.

69 Corte Constitucional. Sentencia T-030 del 25 de enero de 2000. MP. Fabio Morón Díaz.

70 Daniel O'Donnell "La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia" Ponencia dictada en ciudad de México el 30 de septiembre de 2004. Daniel O'Donnell.

71 Corte Constitucional. Sentencia T-079 del 26 de febrero de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

72 El Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 63 lo siguiente: "PROCEDENCIA DE LA ADOPCIÓN. Sólo podrán adoptarse los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad, o aquellos cuya adopción haya sido consentida previamente por sus padres.

Si el menor tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los

guardadores". ()

73 Corte Constitucional. Sentencia T-209 del 20 de marzo de 2002. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

74 Corte Constitucional. Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

75 "Por medio de la cual se declara en situación de abandono a una menor y se ordena una medida definitiva de protección con vías a su adopción".

76 Artículo 88 del Código del Menor y 61 del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia.

77 Cfr, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Junio 13 de 1991. M.P. Miguel Sanín Greinffestein.

78 Código de la Infancia y la Adolescencia. Ley 1098 de 2006. ARTÍCULO 61. ADOPCIÓN. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza

79 Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 11 de octubre de 2006.

80 Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 11 de noviembre de 2009.

81 C-477-99

82 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Junio 13 de 1991.