

SENTENCIA T-887-09

(Diciembre 1º; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia respecto a la inmediatez

ACCION DE TUTELA PARA IMPEDIR DECLARATORIA DE ABANDONO DE MENOR-Aun cuando se interpuso dos años después, el término se considera prudencial debido a las circunstancias que rodearon el caso

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Sentido y alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos que se ajustan al caso concreto

Cierto es que la disposición contenida en el artículo 44 superior establece de manera inequívoca el lugar prevalente que ocupa la garantía de los derechos de la niñez en el ordenamiento jurídico colombiano. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha establecido reiteradamente que el sentido y alcance de esta salvaguardia ha de fijarse siempre a la luz de las circunstancias del caso concreto. Justo en esa línea de argumentación, ha distinguido la Corte múltiples pautas. A continuación mencionará la Sala aquellos criterios jurídicos que se ajustan más a las circunstancias del asunto bajo examen. (i) Garantía de desarrollo integral de la niñez así como protección reforzada de sus derechos; (ii) amparo de la niñez frente a riesgos prohibidos; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores; (iv) necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

GARANTIA DE DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y LA PROTECCION REFORZADA DE SUS DERECHOS-Alcance y contenido

En relación con el criterio de la necesidad de garantizar en forma integral el desarrollo de la niñez y la protección reforzada de sus derechos, ha destacado la jurisprudencia constitucional que cualquier decisión susceptible de afectar a la niñez debe encaminarse a asegurar su “desarrollo armónico e integral” y debe procurar que niños y niñas gocen de un ambiente propicio para su pleno desenvolvimiento físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético de modo que puedan obtener “la plena evolución de su

personalidad". Como lo ha señalado la Corte Constitucional, una sociedad que no vela porque "sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro". Por ese motivo, la Constitución vincula a la familia, a la sociedad y al Estado para que, en conjunto y de manera solidaria, apoyen la debida realización de los derechos fundamentales de la niñez

AMPARO DE LA NIÑEZ FRENTE A RIESGOS PROHIBIDOS-Alcance

Respecto del segundo criterio, a saber, amparo de la niñez frente a riesgos prohibidos, ha dicho la jurisprudencia constitucional que se debe evitar que la niñez enfrente "condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la explotación económica o laboral y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas". Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 44 superior al tenor del cual la niñez será protegida "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos". Sobre este criterio resulta preciso advertir que lo mencionado en precedencia no agota las circunstancias que pueden significar poner en situación de riesgo a la niñez.

PONDERACION Y EQUILIBRIO ENTRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LOS DE SUS PROGENITORES-Alcance

Acerca del criterio de ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores ha dicho la jurisprudencia constitucional que resulta obligado guardar un balance entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores. De cualquier manera, ha insistido la Corte Constitucional en que si se presenta conflicto entre estos intereses jurídicamente amparados la solución que se ofrezca debe ser aquella que mejor se ajuste a la preservación de los intereses superiores de la niñez. Vistas así las cosas, los intereses de los progenitores sólo podrán equipararse a los del niño o la niña cuando ello a un mismo tiempo cumpla con satisfacer el interés prevalente de la infancia.

En lo que concierne al criterio referido a la necesidad de esgrimir razones poderosas para

justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en sostener que deben presentarse razones las cuales, vistas en conjunto y analizadas a la luz de las previsiones establecidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, justifiquen adoptar medidas o actuaciones de intervención estatal. Ante todo debe examinarse la necesidad de las medidas o actuaciones estatales así como la razonabilidad y la proporcionalidad de las mismas, sin incurrir en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas. En relación con este último criterio, vale la pena resaltar la importancia que le confiere el artículo 44 al nexo familiar. También el Código de la Infancia y de la Adolescencia hace hincapié respecto de la importancia de la familia en el desarrollo de los niños, de las niñas y adolescentes al igual que la Convención de los derechos del niño.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Sentido y alcance

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Cuando se puede presentar la intervención del Estado/ DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-No es admisible alegar la intervención estatal porque no son óptimas las condiciones económicas o educativas de sus progenitores

La intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus obligaciones de asistencia y de protección¹. Solo en una eventualidad tal, 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. Ha insistido la jurisprudencia constitucional en que alegar la intervención estatal con el argumento de que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, resulta por entero inadmisibile y puede implicar, más bien, un trato discriminatorio. En tal sentido, por ningún motivo resulta justificable argüir que un niño o una niña deben separarse de su familia biológica porque las condiciones económicas o el grado de educación de sus progenitores no son óptimos.

DERECHO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS A MANTENER EL VÍNCULO FAMILIAR CON SUS HIJOS E HIJAS-Sentido y alcance

PROCESO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DEL MENOR-Se encuentra estipulado en el Código del Menor y como el caso ocurrió durante su vigencia se debe regir por este

DECLARATORIA DE SITUACIÓN DE ABANDONO-Produce ipso iure la pérdida de la patria potestad

PROCESO DE ADOPCIÓN-Requiere que previamente se haya declarado al menor en situación de abandono

Sólo puede darse trámite al proceso de adopción cuando previamente se ha declarado al niño o a la niña en situación de abandono. Ello es así, precisamente porque, de otra manera, no sería posible preservar la observancia plena de disposiciones constitucionales tales como la presunción a favor de amparar de modo principal el nexo biológico primario entre padres e hijos. Como lo recordó la sala, esta presunción debe ser analizada bajo la perspectiva que presenta tanto la garantía constitucional de los derechos prevalentes de la niñez 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. De manera muy excepcional procede declarar la situación de abandono cuando se verifica contundentemente que los padres biológicos no están en situación de garantizar los intereses prevalentes de su hijo o hija o que permanecer en la familia biológica conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable. De todos modos, en el trámite que conduce a la declaratoria de situación de abandono deben los funcionarios administrativos que lo adelantan observar estrictamente la Constitución y en especial el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

DECLARATORIA DE SITUACIÓN DE ABANDONO-Se deben observar los presupuestos fácticos y jurídicos así como el debido proceso

DECLARATORIA DE SITUACIÓN DE ABANDONO-No se ha constatado que los padres biológicos hubieran abandonado al menor

En el caso bajo examen no se constata que los padres biológicos del niño lo hubiesen

abandonado o lo hubiesen puesto en una situación tal que a la luz de la normatividad vigente existieran motivos justificados para declararlo en situación de abandono. Por el contrario, se encuentra probado en el expediente que, dentro de las limitaciones del caso, los padres –proveniente ambos de un nivel sociocultural bajo– estuvieron y aún hoy están pendientes de recuperar la custodia de su hijo. Pudo verificarse así que el embarazo fue querido por los padres; que fue un embarazo de alto riesgo que exigió visitas constantes de la madre al médico y que ella realizó estas visitas de modo regular. Resultó factible constatar asimismo que el parto fue prematuro y con complicaciones y que se practicó cesárea. También se comprobó que la madre quedó muy débil después de dar a luz motivo por el cual no pudo asistir a las visitas de rigor en el hospital.

DECLARATORIA DE SITUACION DE ABANDONO DEL MENOR-Medida excesiva, apresurada y arbitraria en la que no se respetó el debido proceso, ni el deseo de los padres de permanecer con su hijo/DECLARATORIA DE SITUACION DE ABANDONO DEL MENOR-Irregularidades cometidas por la Trabajadora Social del ICBF la llevaron a la destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por quince años

No se reparó en los esfuerzos efectuados por la pareja para cumplir con los requerimientos determinados durante el trámite de declaración de abandono. Se dio poca importancia al hecho de que el embarazo fue querido por la pareja y que fue un embarazo de algo riesgo. Por lo demás, no existe evidencia respecto de que el Centro Zonal xx haya acompañado a la madre ni le haya brindado el apoyo psicológico requerido. La Sala considera que en el caso bajo examen el equipo interdisciplinario del ICBF –Centro Zonal xx– obró de manera apresurada y dictó una medida de protección que analizada a la luz del asunto particular resulta excesiva, desproporcionada y arbitraria. A lo anterior se suma el hecho de que una de las Trabajadoras Sociales involucradas en el proceso administrativo que culminó con la declaratoria de situación de abandono del niño, fue, en efecto, destituida de su cargo e inhabilitada para ejercer la función pública en cualquier cargo o función pública por el término de quince años. El proceso administrativo se adelantó en forma excesivamente rápida y superficial y con desconocimiento del derecho constitucional fundamental al debido proceso. En todo momento, se partió de presumir la mala fe de los padres.

DECLARATORIA DE SITUACION DE ABANDONO DEL MENOR-Privar a los padres de la

patria potestad por carecer de recursos económicos y por su bajo nivel cultural y educativo es una sanción injusta

Cierto es que la condición de salud del niño y la manera como se presentaron los acontecimientos, unido todo ello, a la historia familiar de la madre, ponen a las autoridades administrativas de protección en la necesidad de adoptar medidas que garanticen el interés prevalente del niño. Sin embargo, la declaratoria de situación de abandono resulta en el asunto bajo análisis excesiva y tampoco se compadece con el interés que han demostrado los padres biológicos de mantener los vínculos primarios con su hijo. Desde esta perspectiva, privarlos de la patria potestad únicamente porque carecen de los recursos económicos suficientes o porque no disponen del nivel cultural o educacional adecuado resulta una sanción injusta que desconoce la realidad del hogar de los padres así como la de miles y miles de hogares en países subdesarrollados como Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL-Ordena al ICBF dejar sin efecto la resolución de la declaratoria de abandono y exigirá que la custodia del niño vuelva a sus padres

CORTE CONSTITUCIONAL-Ordena al ICBF proveer los recursos económicos indispensables para el niño, así como sustitutos lácteos y nutricionales y apoyo psicosocial a la familia

CORTE CONSTITUCIONAL-Ordena a la Defensoría del Pueblo el seguimiento del caso rindiendo informes cada tres meses durante un lapso de cuatro años

Referencia: Expediente T-2.161.446.

Accionante: Liliana, en nombre y representación de su hijo Maximiliano2.

Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Fallo objeto de revisión: sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, de 4 de diciembre de 2008, que confirmó la decisión del Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1.1. Elementos de la demanda.

-. Derechos fundamentales cuya protección se invoca: La accionante interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por el supuesto desconocimiento de sus derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separado de ella; debido proceso, vida digna y libre desarrollo de la personalidad.

-. Conducta que causa la vulneración: haberse adelantado por parte del ICBF proceso administrativo -de modo supuestamente irregular y con desconocimiento de la garantía del debido proceso- que culminó con la decisión de declarar al hijo de la peticionaria en situación de abandono.

-. Pretensión: se conceda la tutela, se deje sin efectos la resolución que determinó la declaratoria de situación de abandono del niño y se le entregue a la madre la custodia del infante por medio de esta acción tutelar.

1.2. Fundamento de la pretensión.

La actora, de 46 años de edad, presentó acción de tutela en nombre y representación de su hijo de 3 años, Maximiliano, en contra del ICBF, centro zonal xx, y apoyó su pretensión en las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

-. Según la peticionaria, hace seis años formó hogar con Jacobo, del que nació Maximiliano el 23 de abril de 2006 (Folio 1, cuaderno 1). Aporta como medio de prueba, copia de su Cédula de Ciudadanía y copia del Registro Civil de Nacimiento en el cual consta que el niño fue reconocido por el padre, el 12 de septiembre de 2006 (Folios 22 y 23, cuaderno 1).

-. Alega que su hijo nació de modo prematuro y con serios problemas pulmonares y ella se encontraba delicada de salud por lo que después del parto el médico le ordenó reposo. En

vista de lo anterior, durante tres días no pudo asistir al hospital a velar por su hijo, pero una vez se recuperó, reanudó las visitas de rigor (Folio 1, cuaderno 1)3. Aporta como medio de prueba resumen de la historia clínica del niño (Folios 25-27, cuaderno 1).

-. Manifiesta que uno de los días en que fue a visitar a su hijo, en forma inexplicable la Trabajadora Social del Hospital El Tunal, Patricia, le exigió entregar al niño a una madre sustituta escogida por el ICBF, Lourdes, con la excusa de que el instituto había dispuesto darlo en adopción. (Folio 1, cuaderno 1)4.

-. Señala que ante la situación descrita, se había negado a entregar al niño a la madre sustituta hasta el punto que habían tenido que arrebatárselo a la fuerza y había exigido que le explicaran y le aseguraran si, ciertamente, era el ICBF la institución que había dado orden de entregarle el niño a Lourdes. (Folio 1, cuaderno 1).

-. Aduce que desde el comienzo fue víctima de discriminación por parte del personal del ICBF, pues nunca le permitieron visitar a su hijo ni hicieron factible que se lo devolvieran a ella o a una de sus hermanas, que son personas con estabilidad económica aceptable. En su caso, siempre condicionaron las visitas a la terminación de las terapias psicológicas, las cuales efectuaron ella y Jacobo, su compañero permanente, padre de su hijo a cabalidad en el centro zonal xx y de las cuales reposan las respectivas certificaciones de cumplimiento. Además, llenaron las exigencias de la Defensora de Familia, Adriana, y cambiaron de habitación, pero de nada sirvieron los cambios pues los informes nunca fueron a su favor5

-. Insiste en que el ICBF tampoco aceptó entregar el niño a un miembro de su familia en condiciones más estables. (Folio 2, cuaderno 1).

-. Enfatiza que la Trabajadora Social -funcionaria posteriormente destituida por el ICBF al haberse comprobado que incurrió en graves irregularidades, entre ellas, recibir dineros para agilizar los trámites de adopción de infantes que estaban siendo objeto de investigación por situación de abandono- rindió conceptos falsos respecto de su estado económico dado que sus circunstancias no “eran tan precarias como [la

funcionaria lo había indicado] en sus informes y mucho menos las condiciones de habitación”. (Folio 2, cuaderno 1). Aporta como medio de prueba copia del reporte de valoración efectuado por la Trabajadora Social destituida. (Folio 41-43, cuaderno 1).

-. Hace hincapié en que los hechos que motivaron la destitución de la Trabajadora Social, fueron de conocimiento público al ser transmitidos en el programa de televisión Séptimo Día, circunstancia que confirma cómo en su caso el objetivo de la Trabajadora Social era dar en adopción a Maximiliano a familias extranjeras (Folio 2, cuaderno 1).

-. Subraya que nunca le notificaron la resolución por medio de la cual se declara la situación del abandono de su hijo, pese a que siempre permaneció viviendo en el mismo inmueble. (Folio 3, cuaderno 1). Aporta como medio de prueba copia de la resolución 161 de noviembre 10 de 2006 (Folios 49-53)

-. Afirma que es una persona humilde pero que ha cumplido con todo lo que le han pedido. Que el ser pobre no es ser indigente y que no es un motivo para perder a su hijo. Considera entonces que han abusado de su ignorancia y de su condición de vulnerabilidad frente al ICBF.

-. Sostiene que dada su condición económica frágil y su desconocimiento de los trámites legales, le ha sido muy difícil reaccionar jurídicamente. Que aún cuando ha cometido errores, éstos no tienen la suficiente entidad para privarla de recuperar a su hijo y de poderle brindar el amor que se merece, pues dentro de la escasez de recursos que los embarga como padres, “nunca les falta el alimento, el techo, la limpieza y sobre todo el amor de padres y que por ello [merece] una oportunidad en la vida para demostrarle a la sociedad y al ICBF que puede darle mejor calidad de vida a [sus] hijos”. (Folio 3, cuaderno 1)

-. Expresa que la tutela es el único mecanismo de defensa con el que cuenta pues el menor se halla en etapa de adopción y parece que lo van a sacar del país con una resolución de abandono viciada de nulidad.

Por todo lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos y los de su hijo a tener una familia, al debido proceso, a la igualdad y a la vida digna como mecanismo transitorio.

2. Respuesta de la entidad accionada.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Centro Zonal XX-, en escrito de contestación de la tutela, informó lo siguiente:

-. El Defensor de Familia, Javier, dio apertura a una investigación en favor del hijo de Liliana, recién nacido y reportado por la trabajadora social de la UCI neonatal del Hospital El Tunal, Patricia, por presentar dificultad respiratoria y encontrarse en alto riesgo social. La apertura de la investigación fue notificada a Liliana de manera oportuna.

-. La Trabajadora Social del ICBF, Ximena, rindió informe sobre la visita realizada al hogar de Liliana y de Jacobo y mencionó que las condiciones habitacionales del hogar de la pareja no eran adecuadas para el niño y que no existía una red familiar que apoyara a la madre.

-. El niño duró hospitalizado 67 días, con diagnóstico de síndrome de dificultad respiratoria, hipertensión pulmonar, apneas por neumonía multilobar, anemia transfundida y sepsis tardía, reflujo gastroesofágico III con coordinación velopalatina y que se lo valoró también psicológicamente, conceptuando que es un bebé con salud delicada por su nacimiento prematuro, oxígeno dependiente, manejo de sonda gástrica, suministro de medicamentos y alimentación.

-. El 25 de julio de 2006, se reunió un equipo de protección con el fin de realizar una valoración de equipo técnico a favor del niño Maximiliano, concluyendo que debido a la situación médica descrita, se debería continuar con el proceso terapéutico a la familia.

-. El 3 de octubre de 2006, se recibió informe de Liliana en el que manifestó que se marchaba de la ciudad con destino a Cali y que no sabía cuando regresaba.

-. El 10 de noviembre de 2006, Adriana, Defensora de Familia, dictó la resolución con la que se declaró en situación de abandono al menor Maximiliano, invocando lo estipulado en el Código del Menor y que la citación se le envió a Liliana, quien según informe de la Trabajadora Social, Ximena, no fue encontrada en el sitio de su

residencia y por información de los vecinos se supo que había partido para otra ciudad. Que, por consiguiente, se procedió a notificar por edicto a las partes, el cual fue fijado el 25 de noviembre de 2006 en ese centro zonal.

-. El expediente permaneció en Secretaría del lugar por el término de 20 días para que las partes hicieran las oposiciones. Tales fechas vencieron en silencio sin que nadie hiciera uso de los recursos, por lo que no se le violó el debido proceso a Liliana como ella lo afirma.

-. El derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella prevalece sobre los derechos de los padres biológicos cuando estos han dejado de cumplir con sus obligaciones, por tanto, el ICBF no entiende “cómo después de dos años de haberse declarado el abandono del menor, la señora Liliana interpone una tutela como mecanismo de defensa cuando no hizo uso de los recursos establecidos por la ley y más cuando se trataba de su menor hijo, lo que denota que el vínculo de la madre hacia su hijo es absolutamente distante y que en su proyecto de vida muy tardíamente pareciera que lo quisiera incluir”.

En vista de lo expuesto, el ICBF solicita a la Corte Constitucional desestimar la acción de tutela de la referencia.

3. Decisión de tutela objeto de revisión: sentencia emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial. Sala Civil.

3.1. Primera Instancia. Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá.

Mediante providencia dictada el 5 de noviembre de 2008, el juzgado de primera instancia denegó la tutela invocada. Apoyó su decisión en los motivos que se sintetizan a renglón seguido.

Estimó el a quo que revisado el trámite adelantado a prevención por el ICBF desde la decisión de apertura de la investigación en favor del niño Maximiliano hasta la declaratoria de abandono, se surtieron las competencias legales de las autoridades, encaminadas todas ellas, a la protección de un niño en situación de vulnerabilidad. En efecto, para el fallador existen tanto razones de hecho como de derecho para la emisión de la

resolución 161 del 11 de noviembre 2006. Por consiguiente, a su juicio, no se constata “desconocimiento de los derechos invocados por la accionante, en tanto que se evidencia en tales actuaciones el agotamiento del procedimiento a cargo del ICBF para la protección de los niños a su cargo en tanto se hizo la notificación por edicto establecida en la ley para aquellos casos en que no es posible llevar a cabo la notificación personal”. Además, se dejó transcurrir el término de contradicción y se motivó de manera razonada y con base en hechos y conceptos de personal capacitado para tal objetivo, la declaratoria de abandono, todo lo cual se puede constar en el expediente respectivo aportado por la accionada.

Así, encontró el a quo que era improcedente la solicitud de tutela presentada por Liliana

La demandante impugnó la sentencia de primera instancia. Aportó los motivos que se resumen a renglón seguido.

Afirma no estar de acuerdo con la decisión emitida por el a quo, pues, en su opinión, la Defensora de Familia del ICBF, Adriana, no estaba “cuidando los niños” sino “vendiéndolos”. Además, solicita que le expliquen la razón por la cual el Bienestar Familiar no le deja ver a su hijo, si a las otras mamás si se los dejan ver. Exige que a las señoras XX y Adriana se las destituya del Bienestar Familiar y considera que todos en esa entidad son cómplices de la pérdida de su hijo.

3.3. Segunda Instancia. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

Esa Corporación decidió el 4 de diciembre de 2008 la impugnación de la sentencia de primera instancia y la confirmó en todas sus partes. Aportó los motivos que abajo se exponen en sustento de su decisión.

Para el Tribunal, la acción de tutela es un medio de defensa subsidiario que no debe ser usado con el propósito de sustituir los recursos de ley. De hecho, esa Sala advirtió que desde que se profirió la resolución el 10 de noviembre de 2006, la accionante no intentó ninguna clase de acción tendiente a reclamar la custodia del hijo, por lo que carece de inmediatez el amparo señalado y la acción de tutela por su carácter residual no puede ser un mecanismo utilizado cuando se dejan de usar los medios ordinarios de

defensa para revivir un procedimiento vencido, cuando “del historial que precedió a la Resolución fluye que desde su nacimiento se desprendió sin mayor dificultad de su cuidado, circunstancias que aunadas hacen de este amparo una reclamación a todas luces tardía”.

4. Hechos relevantes y pruebas que obran en el expediente así como solicitadas en sede de revisión.

A partir de las pruebas que obran en el expediente y de las solicitadas en sede de revisión, la Sala cuenta con los elementos de juicio que se exponen a continuación:

-. El Hospital El Tunal, en donde nace Maximiliano prematuro y afectado por problemas respiratorios el día 23 de abril de 2006, acusó a Liliana, su madre, de no haber asistido a las visitas de rigor⁶. La Trabajadora Social de la UCI Neonatal del mismo hospital, Patricia, hizo seguimiento del caso y constató que desde el día 2 de mayo de 2006 los padres no asistieron a las visitas. Hasta el día 8 de mayo logra comunicarse con la madre del niño vía telefónica, y la cita para que acuda a la oficina de trabajo social del hospital. Los padres del niño -Liliana y Jacobo- asisten ese mismo día a la cita. Liliana explica que no pudo concurrir al hospital a visitar a su hijo por encontrarse decaída luego del parto -que fue por cesárea-. Jacobo aduce, por su parte, que no disponía de documentos para dejar en la portería del hospital, motivo por el cual no pudo visitar al niño. Liliana refiere que tiene tres hijos más de una relación anterior y que los niños viven con el padre en Ubaté. Relata, que hace diez meses no los ve y que, en el momento, no sabe cómo ubicarlos, por cuanto se cambiaron de casa. Ratifica, asimismo, que convive desde hace varios años con Jacobo, el padre del niño, quien se desempeña como vendedor ambulante y que los dos habitan en un inmueble arrendado. La Trabajadora Social del hospital El Tunal, Patricia, solicita definir la conducta a seguir con el niño, quien, a su juicio, se encuentra en riesgo social⁷.

-. El 30 de mayo de 2006, en carta dirigida a la Defensora de Familia del ICBF -Centro Zonal XX-, la Trabajadora Social del hospital el Tunal, Patricia, indica: “De acuerdo a la conversación telefónica del día de hoy, envío resumen de historia clínica donde se solicita autorización para realizar procedimiento quirúrgico, ya que el médico tratante le explicó a la madre del bebé y la respuesta que se obtuvo fue evasión en la

responsabilidad y no atendiendo a lo que el médico le decía, por lo tanto se solicita ante ustedes la autorización para dicha intervención quirúrgica”8.

-. El 6 de junio de 2006, la Trabajadora Social del ICBF, Ximena, presenta informe en el que da cuenta de que el domicilio reportado por Liliana no corresponde a su lugar de vivienda y manifiesta que no dispone de información que le permita determinar si la familia puede asumir el cuidado del niño. Llama la atención respecto de que se trata de un niño que requiere especial cuidado y vigilancia, dadas sus condiciones de salud. Emite el siguiente concepto social: “Por lo anteriormente expuesto considero necesario en tanto que el bebé sea dado de alta, ingrese a protección en colocación familiar en un hogar sustituto con una madre que esté en condiciones de ofrecer los cuidados necesarios para su delicado estado de salud y tenga experiencia en el manejo de oxígeno”.

-. Mediante reporte de valoración, el psicólogo del ICBF, Dr. Mauro, explica la situación del niño. Se sustenta, primero, en lo referido por la Trabajadora Social del hospital El Tunal, Patricia, y, luego, rinde el siguiente informe psicológico: “N.N. Hijo de Liliana es un bebé de 2 meses de edad, prematuro, oxígeno dependiente, que requiere de sonda gástrica para alimentarse con alto riesgo social por parte de sus padres biológicos, quienes prácticamente se han mostrado abandonicos (sic) del pequeño. Se recomienda como medida de protección, colocación familiar en hogar sustituto, donde se brinden todos los cuidados psicoafectivos, de salud, de estimulación adecuada, pero principalmente que se le brinde el calor de unos padres, que no ha podido encontrar en los propios”9.

-. El 22 de junio de 2006, la Defensora de Familia del ICBF del Centro Zonal xx, Adriana, le solicitó a la Trabajadora Social del hospital El Tunal, Patricia, “colocar a disposición de este centro (...) al menor en referencia, una vez sea dado de alta con el peso requerido (...)”10.

-. El 23 de junio de 2006, por decisión de Javier, Defensor de Familia de esa localidad, se expidió auto de apertura de investigación a favor del niño Maximiliano11. En efecto, el niño fue entregado a una madre sustituta vinculada al ICBF, ese mismo día.

-. El 4 de julio de 2006, se le notificó personalmente a Liliana el contenido del auto de

apertura de investigación administrativa de protección, y se le informó que contra esa decisión procedían los recursos de ley. Copia de esa notificación aparece en el expediente del niño y está firmada por la tutelante¹².

El 4 de julio se le realizó una entrevista psicológica a Liliana por parte del Psicólogo del ICBF, Dr. Mauro¹³.

-. EL 5 de julio de 2006 rinde declaración la actora a solicitud del Defensor de Familia, Javier¹⁴. El 12 de julio de 2006, presenta reporte la Trabajadora Social del ICBF, Ximena¹⁵. El 17 de julio de 2006 la nutricionista del ICBF, Piedad, presenta reporte¹⁶. El 17 de julio de 2006 el psicólogo Mauro allega reporte de valoración psicológica¹⁷.

-. El 21 de julio de 2006, por manifestar dificultades de salud, el niño fue ingresado de urgencia al hospital. Se le diagnosticó peritonitis y estuvo hospitalizado hasta finales de agosto de 2006¹⁸.

-. El 25 de julio de 2006, mediante constancia de reunión del equipo técnico del ICBF-Corporación YY, en la que participaron los Drs. Adriana, Mauro y Susy, se concluyó que “[d]ebido a la situación médica se define la necesidad de preparar a la familia aún respecto a su condición de salud; apoyar en el proceso de elaboración de esta situación”¹⁹.

-. En agosto de 2006, la psicóloga del ICBF, Dra. Susy, informó que de acuerdo con la historia del niño aportada por el ICBF se había trabajado con la familia “en la estructuración del proyecto de vida con los padres, [y que se observaba] dificultad para concretar ideas frente al ejercicio de su papel como padres, falta claridad de ideas frente de (sic) metas a corto y a largo plazo”.

-. El 18 de septiembre de 2006, según se desprende de la constancia dejada por la reunión del equipo técnico del ICBF -Corporación YY-, en la que participaron la Defensora de Familia del ICBF, Adriana, el Psicólogo de esa misma institución, Dr. Mauro, las Trabajadoras Sociales de esa misma institución, Ximena y Susy, tercer integrante del equipo técnico, se concluye lo siguiente: “Se observa que la familia se ha vinculado activamente; de intervención se observa que las

condiciones de riesgo continúan. Se define declaratoria de abandono”20.

-. El 3 de octubre de 2006, recibe la Nutricionista del ICBF, Piedad, comunicación enviada por Liliana en la que escribe: “Tenga usted un cordial saludo y por medio de esta saludo paso a decirle lo siguiente: es con el fin de informarle yo Liliana y Jacobo viajamos a la ciudad de Cali por motivos familiares el día 30 de septiembre del 2006. Dejamos constancia con el fin a que halla (sic) lugar. No siendo mas (sic) el motivo nos despedimos de usted gracias doctora no sabemos por cuanto tiempo viajaremos”21.

-. El 31 de octubre de 2006 la Nutricionista del ICBF, Piedad, presenta informe adicional de atención terapéutica a la pareja22.

-. El 7 de noviembre de 2006 por razón de reporte de actuación, se emite el concepto final del equipo técnico del ICBF, en el que intervinieron el psicólogo Javier; la trabajadora social Ximena; la nutricionista Piedad y la defensora de familia Adriana. Se concluye que “el menor debe ser decretado en abandono debido a que la progenitora no ha mostrado cambios significativos ni se ha movilizado hacia el menor, por lo tanto se considera necesario que el menor sea decretado en abandono”23.

-. El 10 de noviembre de 2006, se dicta por parte del ICBF la resolución 161 por medio de la cual se declara la situación de abandono de Maximiliano y se ordena iniciar los trámites de adopción del niño como medio para obtener su protección24. En la copia de la boleta de citación para la notificación de la referida resolución aparece el recibido firmado por la Trabajadora Social del ICBF Ximena25.

-. El 14 de noviembre de 2006, mediante reporte de valoración, la Trabajadora Social del ICBF, Ximena, informa: “El pasado 10 de noviembre se realizó visita a la Dirección (...) del Barrio ZZ, con el fin de dejar boleta de citación a la señora Liliana y no se encontró a la señora mencionada. // Un joven que salió atender (sic) el llamado a la puerta informa que la señora y su compañero se fueron desde hace más de un mes y no regresaron se llevaron el trasteo y desconocen el paradero. Por lo cual no se logró realizar su solicitud de realizar la entrega de la boleta de citación. // Por lo anterior recomiendo continuar con el proceso del niño ya que la familia se trasladó de esta

ciudad”.

-. El 16 de noviembre de 2006, la Defensora de Familia, Adriana, deja la siguiente constancia: “[V]encido el término y no siendo posible notificar personalmente la resolución (...) de noviembre de 2006 a los progenitores del menor Maximiliano, por cuanto se desconoce su paradero y dado que ningún familiar se ha hecho presente se procede a notificar la resolución por EDICTO (...)”²⁶.

-. El 8 de junio de 2009, el Director (E) del ICBF –Regional Bogotá– responde el oficio No. OPTB 130/2009 enviado a esta entidad por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional²⁷. En este lugar se relacionarán únicamente las pruebas que constituyen una novedad por no haber sido anexadas antes al expediente. La comunicación hace una relación de la historia clínica del niño desde el 29 de junio de 2006 hasta el 26 de marzo de 2009. Concluye que el “niño continúa con oxígeno durante el sueño. Presenta cicatrices obscurecidas en todo el cuerpo como secuelas de varicela y cicatrices quirúrgicas abdominales. El niño asiste de manera permanente a consulta con neumología y cardiología pediátrica”. Más adelante, transcribe el pronóstico presentado por el médico neumólogo el día 26 de marzo de 2009²⁸.

Posteriormente²⁹, informa que al haber sido el niño reconocido por su padre biológico ello cambia la situación respecto del trámite de adopción por cuanto se debe vincular el padre al proceso para subsanarlo. Manifiesta asimismo que el niño continúa en Hogar Sustituto y que no se le ha asignado familia alguna. Respecto de la información solicitada por la Sala Quinta de Revisión en relación con la situación disciplinaria de la Trabajadora Social, responde que, en efecto, “la reseñada exfuncionaria fue sancionada con **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL PARA EJERCER LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CUALQUIER CARGO O FUNCIÓN POR QUINCE AÑOS**, en el proceso disciplinario iniciado por el informe presentado por la Coordinadora del centro zonal XX. Agrega que la sanción se hizo efectiva por parte de la Directora General del ICBF y añade finalmente que “en el caso materia de análisis por la Honorable Corte, no se tiene conocimiento hasta la fecha de que las acciones de la mencionada trabajadora social, hayan deslustrado las actuaciones administrativas y que afectara la decisión de la Defensora”.

-. El día 30 de junio de 2009, la Procuradora 61 Judicial II de Familia responde el oficio enviado por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional y hace un

recuento de su actuación respecto del asunto bajo examen. En síntesis, relata la Procuradora que recibió en su despacho a Liliana quien solicitó al Procurador Delegado para los Derechos de la Infancia y la Familia se le asignara un abogado que ejerciera vigilancia respecto del proceso de restablecimiento de derechos que se adelanta en el ICBF -centro zonal xx-. Manifiesta que solicitó “en escrito remitido vía fax a la (...) Defensora de Familia del Centro Zonal [xx] del ICBF, informe sobre el estado actual de la historia administrativa de restablecimiento de derechos y la decisión adoptada”. Expresa que recibió en su despacho, en horario de atención al público, a Liliana y a Jacobo y que les comunicó que el niño había sido declarado en abandono desde el año 2006, a lo que ellos repararon que la resolución no les había sido notificada. Informa que visitó el centro zonal xx y solicitó copia de todas las actuaciones administrativas. Además, dado que los señores Jacobo y Liliana consideraban vulnerados sus derechos fundamentales, los contactó de forma inmediata con un funcionario de la Personería Delegada para Asuntos Jurisdiccionales -Área de Tutela de la Personería de Bogotá- con el objeto de que se le diera soporte a los señores Liliana y Jacobo. Señala que tuvo dificultades para ponerse en contacto con Liliana, pues no había vuelto a su oficina. Sobre el particular, Liliana le explicó que no había podido acudir a la Procuraduría pues “se encuentra trabajando por días y que no le dan permiso”. Informa, por último, que el día 20 de agosto de 2008 Liliana y Jacobo se presentaron en su despacho; que se les explicó el contenido del expediente y “se les advirtió sobre la necesidad de acudir a la Personería de Bogotá, con el objeto de recibir asesoría para la presentación de la acción de tutela, único camino con el que cuentan, toda vez que la resolución de abandono se encontraba en firme desde finales del año 2006”. De este modo, aclaró y precisó la Procuradora 61 Judicial II de Familia la actuación de la Procuraduría Judicial.

-. El 15 de julio de 2009, la Psicóloga Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, responde la solicitud hecha por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional e informa que no puede realizar visita por trabajo social, por cuanto “no cuenta en la actualidad con ese servicio”. Respecto del peritaje en relación con el estado actual del niño y sus requerimientos en salud mental y atención psicológica realiza un completo análisis³⁰ y concluye: “Examinado el niño Maximiliano presenta un desarrollo cognitivo global acorde a su edad, exceptuando la esfera del lenguaje, con importante déficit expresivo que requiere un programa de

terapias por fonoaudiología formal y prolongado. // El Estado colombiano requiere velar por sus derechos fundamentales a la salud, educación y nexos familiares de origen contemplados en el Código de Infancia y Adolescencia". (Subrayas fuera del texto original)

-. Respecto del peritaje atinente a la situación psíquica y emocional actual de la madre de Maximiliano, Liliana, la médica especialista en psiquiatría del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses efectúa un análisis completo y concluye: "1. La examinada Liliana no presenta un cuadro clínico psicopatológico que le incapacite o altere la realización de las tareas propias del rol de madre. // 2. La examinada Liliana presenta un funcionamiento cognitivo en la inteligencia, limítrofe o bajo promedio poblacional, que no le incapacita en sí mismo y para su caso, la realización de las tareas propias del rol de madre. // La examinada Liliana, requiere asistencia psicosocial de apoyo, psicoeducación y acompañamiento en la realización de tareas de crianza de hijo que van entrando en la adolescencia, ya que presenta algunas dificultades para atender esta etapa del ciclo vital de sus hijos. // La examinada Liliana, percibe a su último hijo Maximiliano como fruto de la relación con su actual pareja y en el espacio de su psiquis o mundo objetal, sostiene un vínculo vivo con el niño que le ha permitido imaginar su crecimiento, albergando la escena del reencuentro y descartando toda posibilidad de duelo por la pérdida".

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección número dos de febrero 17 de 2009.

2. Problema jurídico-constitucional.

2.1. Determinará la Sala si la acción de tutela es procedente para dejar sin efecto un acto administrativo por medio del cual se declara la situación de abandono de un niño. En otras palabras, si es factible mediante acción de tutela ordenar que la custodia de un niño sea devuelta a los padres biológicos que la solicitan, aún cuando ha mediado resolución que

declara la situación de abandono del niño.

2.2. La Sala verificará si el procedimiento administrativo que culminó con la resolución en mención se efectuó de conformidad con el ordenamiento constitucional y, también, si en desarrollo de este trámite se respetó la garantía del derecho al debido proceso. Constatará la Sala, a este tenor, cuáles son los alcances que tiene el derecho de los padres biológicos a mantener el vínculo natural con sus hijos, y en tal sentido, los alcances del derecho, en principio prevalente, que tienen mutuamente padres e hijos a permanecer juntos.

2.3. Previamente la Sala definirá si cabe exigir el cumplimiento del requisito de subsidiariedad así como el de inmediatez, en cuanto exigencias de procedibilidad de la acción de tutela. Acto seguido se pronunciará sobre el sentido y alcances de los intereses superiores de la infancia de conformidad con el artículo 44 superior, y sobre el sentido y alcance del derecho a tener una familia y no ser separado de ella. A la luz de lo anterior, examinará la Sala los alcances del derecho que tienen, prima facie, los padres biológicos a mantener el vínculo familiar con sus hijos. Luego, verificará los alcances del proceso por medio del cual se declara la situación de abandono de niños como requisito previo para dar paso al proceso de adopción. Por último, comprobará la Sala si existe o no un desconocimiento de los derechos cuya protección se invocó en el caso concreto y expondrá una síntesis de las razones de la decisión en el asunto bajo examen.

3. Procedencia de la acción de tutela: subsidiariedad e inmediatez.

3.1. Subsidiariedad.

3.1.1. Reiteración de jurisprudencia.

La tutela tiene un carácter subsidiario y residual, en atención a que está concebida como un mecanismo judicial previsto ante la inexistencia de mecanismos procesales para el amparo integral del objeto de protección³¹. En otras palabras, la tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial que garanticen de modo efectivo la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Ahora bien, también ha insistido la jurisprudencia constitucional en que si los mecanismos

ordinarios resultan ineficaces, o de no concederse el amparo, se presenta un perjuicio irremediable, entonces es factible acudir a la acción de tutela. En esa eventualidad concurren dos situaciones: (i) puede concederse el amparo transitorio, para dar lugar a órdenes de inmediato cumplimiento que permitan contrarrestar dicho efecto, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo; (ii) también se ha considerado la acción de tutela como un mecanismo judicial supletorio de los mecanismos ordinarios, cuando la actuación de las entidades responsables de la protección de los derechos fundamentales se abstienen de cumplir los requisitos exigidos por la ley y por la Constitución y las medidas adoptadas en ejercicio de sus atribuciones resultan excesivas y desproporcionadas y no respetan el derecho constitucional fundamental al debido proceso³².

3.1.2. La subsidiariedad en el caso concreto.

3.2. La inmediatez para la procedencia de la acción de tutela.

3.2.1. Reiteración jurisprudencial.

Debe recordarse como doctrina de esta Corporación que la procedibilidad de la acción de tutela depende también de su interposición oportuna. Así la Corte ha precisado que³⁴:

“Tal y como lo ha expuesto de forma reiterada esta Corporación, la procedibilidad de la acción de tutela exige su interposición dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de tal manera que la acción no se convierta en un factor de inseguridad jurídica, premiando con ello la inactividad de los interesados en el ejercicio oportuno de los recursos, la negligencia y la desidia”.

“En efecto, si con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Una percepción contraria a esta interpretación, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela y deja sin efecto el objetivo de garantizar por esa vía judicial la protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.”

3.2.2. La inmediatez en el caso concreto.

3.2.2.1. El hecho de haberse interpuesto la acción de tutela dos años después de iniciada la conducta violatoria del ICBF, impediría otorgar el amparo. No obstante, las pruebas que obran en el expediente resultan suficientes para constatar que la actora se opuso desde el principio a que su hijo fuese declarado en abandono -a fin de ser puesto en adopción- y manifestó en múltiples ocasiones el deseo de estar con su hijo y de proporcionarle los cuidados que él se merece y requiere en vista de su situación de salud. Adicionalmente, el nivel socio cultural de la madre incide en que se vea privada de conocer y de acceder con facilidad a los mecanismos jurídicos que están a su disposición, tales como la acción de tutela. Aunado a lo anterior, debe repararse en que dadas sus precarias condiciones económicas, la peticionaria estaba sometida a largas jornadas de trabajo, lo que en varias ocasiones le impidió asistir a las distintas actuaciones para las que fue citada.

3.2.2.2.. Así las cosas, en el asunto bajo análisis de la Sala, se tiene que la actora ejerció la acción de tutela dentro de un tiempo prudencial, cuanto más si se repara en las circunstancias que rodearon el caso así como en las consecuencias de las medidas adoptadas en el trámite administrativo que culminó con la declaratoria de abandono del niño y si se tiene en cuenta, además, la repercusión de los trámites realizados y de las medidas adoptadas en la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuyo amparo se invoca.

4. Los derechos de la niñez. El derecho a la familia.

4.1. Sentido y alcances del interés superior de la infancia según el artículo 44 de la Constitución Nacional. Reiteración de jurisprudencia.

4.1.2. Ciertamente es que la disposición contenida en el artículo 44 superior establece de manera inequívoca el lugar prevalente que ocupa la garantía de los derechos de la niñez en el ordenamiento jurídico colombiano. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha establecido reiteradamente que el sentido y alcance de esta salvaguardia ha de fijarse siempre a la luz de las circunstancias del caso concreto, pues la cautela consignada en el artículo en mención no puede entenderse como “una garantía abstracta desprovista de vínculos con la realidad concreta llamada a ser aplicada de modo mecánico, así ello no impida

sentar algunos criterios jurídicos más generales”³⁷. Justo en esa línea de argumentación, ha distinguido la Corte múltiples pautas. A continuación mencionará la Sala aquellos criterios jurídicos que se ajustan más a las circunstancias del asunto bajo examen. (i) Garantía de desarrollo integral de la niñez así como protección reforzada de sus derechos; (ii) amparo de la niñez frente a riesgos prohibidos; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores; (iv) necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

4.1.3. En relación con el primer criterio, esto es, la necesidad de garantizar en forma integral el desarrollo de la niñez y la protección reforzada de sus derechos, ha destacado la jurisprudencia constitucional que cualquier decisión susceptible de afectar a la niñez debe encaminarse a asegurar su “desarrollo armónico e integral” y debe procurar que niños y niñas gocen de un ambiente propicio para su pleno desenvolvimiento físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético de modo que puedan obtener “la plena evolución de su personalidad”³⁸. Como lo ha señalado la Corte

Constitucional³⁹, una sociedad que no vela porque “sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro⁴⁰”. Por ese motivo, la Constitución vincula a la familia, a la sociedad y al Estado para que, en conjunto y de manera solidaria, apoyen la debida realización de los derechos fundamentales de la niñez⁴¹. Como antes se dijo, la protección integral que se le confiere a la niñez en el ámbito interno se ve reforzada por aquella derivada de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En este lugar vale mencionar lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º prevé que la niñez “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” ⁴².

4.1.4. Respecto del segundo criterio, a saber, amparo de la niñez frente a riesgos prohibidos, ha dicho la jurisprudencia constitucional que se debe evitar que la niñez enfrente “condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la

explotación económica o laboral y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 44 superior al tenor del cual la niñez será protegida “contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Sobre este criterio resulta preciso advertir que lo mencionado en precedencia no agota las circunstancias que pueden significar poner en situación de riesgo a la niñez. Para tener una visión más amplia es necesario acudir a la legislación internacional así como a lo dispuesto en el Código de la Infancia y de la Adolescencia.

4.1.5. Acerca del tercer criterio, es decir, ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores ha dicho la jurisprudencia constitucional que resulta obligado guardar un balance entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores. De cualquier manera, ha insistido la Corte Constitucional en que si se presenta conflicto entre estos intereses jurídicamente amparados la solución que se ofrezca debe ser aquella que mejor se ajuste a la preservación de los intereses superiores de la niñez. Vistas así las cosas, los intereses de los progenitores sólo podrán equipararse a los del niño o la niña cuando ello a un mismo tiempo cumpla con satisfacer el interés prevalente de la infancia.

4.1.6. En lo que concierne al cuarto criterio, esto es, a la necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en sostener que deben presentarse razones las cuales, vistas en conjunto y analizadas a la luz de las previsiones establecidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, justifiquen adoptar medidas o actuaciones de intervención estatal. Ante todo debe examinarse la necesidad de las medidas o actuaciones estatales así como la razonabilidad y la proporcionalidad de las mismas, sin incurrir en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas. En relación con este último criterio, vale la pena resaltar la importancia que le confiere el artículo 44 al nexo familiar. También el Código de la Infancia y de la Adolescencia hace hincapié respecto de la importancia de la familia en el desarrollo de los niños, de las niñas y adolescentes⁴³ al igual que la Convención de los derechos del niño⁴⁴.

Los criterios mencionados en precedencia junto con las consideraciones acerca del sentido

y alcances del derecho a tener una familia y no ser separado de ella –que realizará la Sala a continuación– servirán de referente para a partir de allí determinar los alcances del derecho que tienen, prima facie, los padres biológicos a mantener el vínculo familiar con sus hijos.

4.2. Sentido y alcance del derecho de los niños y de las niñas a tener una familia y no ser separados de ella.

4.2.1. La jurisprudencia constitucional ha insistido de modo constante en la importancia de la familia para el desarrollo integral de la infancia. Los lazos familiares contribuyen, en principio, a crear un ambiente de amor y de cuidado imprescindible para tal desarrollo. La previsión contenida en el artículo 44 respecto de la necesidad de proteger el derecho de la niñez a tener una familia y no ser separada de la misma, se ve así complementada y reforzada por las normas establecidas en la Declaración Internacional sobre los Derechos del Niño⁴⁵. Por su parte, 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 niñez⁴⁶. A continuación se presenta una síntesis de los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre esta temática.

4.2.2. Un niño o una niña sin familia –sostiene la Corte– se ven privados de crecer en un ambiente “de afecto, solidaridad, alimentación equilibrada” que suele propiciar “la educación, la recreación y la cultura”. Sobre este extremo, enfatiza la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza– 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 ameriten⁴⁷.

La intervención estatal se presenta cuando la familia se ve impedida para asumir sus

obligaciones de asistencia y de protección⁴⁸. Solo en una eventualidad tal, 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.

4.2.3. La Corte ha sido muy cuidadosa en subrayar que para identificar el nivel de amparo y cuidado que el Estado debe proporcionar, así como la forma en que éste ha de tener lugar, debe mirarse cada caso específico y ha de tenerse en cuenta las peculiaridades y singularidades de cada asunto en particular. Por sobre todo, ha insistido la jurisprudencia constitucional en que alegar la intervención estatal con el argumento de que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, resulta por entero inadmisibles y puede implicar, más bien, un trato discriminatorio. En tal sentido, por ningún motivo resulta justificable argüir que un niño o una niña deben separarse de su familia biológica porque las condiciones económicas o el grado de educación de sus progenitores no son óptimos.

En torno a este punto, ha insistido la Corte Constitucional en 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 -ha dicho la Corte de manera insistente- 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-”⁴⁹.

Justo en aras de evitar graves situaciones de necesidad que puedan incidir en tratamientos discriminatorios, el Estado debe poner en movimiento los recursos económicos y humanos indispensables para que las garantías establecidas en el Texto Constitucional y en los Tratados y Convenios Internacionales no se queden escritas y cobren efectividad⁵⁰.

4.2.4. Así entendido, el problema se traslada a otro aspecto del debate y es el que tiene que ver, de un lado, con hechos cuya simple verificación implica decidir en contra de la ubicación de un niño o de una niña en determinada familia. La jurisprudencia constitucional ha mencionado, entre otros, los siguientes: (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños o de las niñas; (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a la niñez: “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”⁵¹.

Ahora bien, tal como quedó dicho, aquellas medidas encaminadas a separar a un niño o a una niña de su familia biológica sólo son admisibles en el evento en que las circunstancias que rodean al caso señalen con claridad que la familia no cumple con las exigencias básicas para asegurar el interés superior de la niñez. La aptitud o no de la familia se establecerá, entre otras, teniendo presente los criterios mencionados en el punto 6 de esta misma sentencia. En aplicación de estos cánones debe recalcar de nuevo que “ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas o educativas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres”⁵².

4.3. Sentido y alcance del derecho que tienen, prima facie los padres biológicos a mantener el vínculo familiar con sus hijos e hijas.

4.3.1. Como lo ha recordado la jurisprudencia constitucional existe, en principio, una presunción a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos o hijas⁵³. Esta presunción también es respaldada por los tratados internacionales sobre derechos humanos⁵⁴.

Es así como la Convención sobre los derechos del niño acentúa, de manera especial, que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. Desde esta

perspectiva, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 7º, prevé, a su turno, que la niñez tiene “derecho a conocer a sus padres y a ser criada por ellos, en la medida en que ello sea posible”. El principio 6º de la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño se pronuncia en sentido similar y determina que cuando resulte factible que los niños y las niñas permanezcan en su entorno familiar, así deberá ser. El mismo principio subraya que los niños o niñas sólo podrán ser separados de su familia biológica por motivos excepcionales.

4.3.2. Sin que exista, como antes se dijo, una posibilidad absoluta de generalizar o de sentar reglas que hagan caso omiso de las circunstancias de cada caso específico, puede decirse que la mayoría de instrumentos internacionales sobre adopción también recalcan la necesidad de que los Estados apliquen, de manera prioritaria, medidas para asegurar que los niños y las niñas permanezcan en el seno de su familia biológica. La presunción a favor de la familia biológica se apoya, de igual modo, en el principio de conformidad con el cual el recién nacido forma parte de la familia biológica, cualquiera que sea la configuración del grupo familiar⁵⁵.

También ha dicho la jurisprudencia constitucional que la presunción a favor de la familia biológica solo puede ser desvirtuada por medio de argumentos poderosos, relacionados –como ya antes se mencionó– bien con la ineptitud de la familia biológica para asegurar el bienestar del niño o de la niña; bien con los riesgos o peligros reales y concretos que amenacen a los niños o niñas. En todo caso, la carga de la prueba no recae en la familia biológica. Quien alega la existencia de situaciones capaces de desvirtuar la presunción, debe probarlas⁵⁶.

La preservación de los vínculos familiares y, en tal sentido, la unidad familiar cobra, pues, una dimensión amparable en sede de tutela⁵⁷. En este tenor, la unidad familiar no puede ser resquebrajada y únicamente puede intervenir en el vínculo familiar cuando median graves y poderosos motivos y se tienen en cuenta los trámites previstos en la legislación bajo estricto respeto de la garantía del debido proceso y observancia de los derechos constitucionales fundamentales de las personas involucradas⁵⁸.

4.3.3. La protección estatal de la familia debe ser integral. De este modo, 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”. A contrario sensu, tales autoridades tienen la obligación de adelantar programas y políticas públicas así como de adoptar medidas encaminadas “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”. Las autoridades del nivel nacional, departamental y municipal, “deben contar con programas sociales dirigidos a brindarle a las familias opciones para que los niños permanezcan en un ambiente sano y seguro, mientras que sus progenitores cumplen con sus deberes laborales”⁵⁹.

5. Carácter específico del proceso administrativo de protección⁶⁰. Derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.

5.1. Antes de proceder a solucionar el problema jurídico planteado, debe la sala Quinta de Revisión examinar, en primer lugar, en qué consiste el proceso administrativo de protección que consigna el Código del Menor pues, aunque en el año 2006 se expidió el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, el caso bajo examen de la Sala en la presente ocasión ocurrió bajo la vigencia del Código del Menor y son las disposiciones contenidas en esa normatividad las que lo regulan.

“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 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.”

5.3. De conformidad con lo determinado en el artículo 57 del Código del Menor en el evento en que el Defensor de Familia establezca y declare la situación de abandono, podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

1. La prevención o amonestación a los padres o las personas de quienes dependa.
2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.
3. La colocación familiar
4. La atención integral en un centro de protección especial.
5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.
6. Cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.”

En efecto, el Decreto en mención marcó una distinción entre, por un lado, la situación de abandono, y, por el otro, la situación de peligro físico o moral. Así las cosas, se presenta tres situaciones. De una parte, la situación de abandono, de otra, la situación de peligro físico y, por último, la situación de peligro moral.

5.4. Son suficientes las consideraciones efectuadas en el punto seis y en el punto siete de la presente providencia para concluir que con el objetivo de definir cuál medida de protección es aplicable a un determinado caso, el Defensor de Familia o funcionario administrativo responsable tiene que reparar tanto en los derechos prevalentes de la niñez como en el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella. De otra parte, tales autoridades públicas no pueden perder de vista la presunción que establece el ordenamiento constitucional, internacional y legal a favor de la familia biológica en los términos antes descritos. Deben tener presente que aun cuando en principio los intereses superiores de los niños y de las niñas prevalecen, ello no significa que tales intereses se defiendan de modo absoluto o excluyente frente a, por ejemplo, los intereses de los padres biológicos, pues a menos que existan razones muy poderosas, la presunción de mantener ese vínculo primario, corre a favor de la familia biológica.

5.5. En lo que respecta a la declaratoria de situación de abandono, es la más drástica de

todas las medidas previstas, toda vez que al tenor de lo establecido en el artículo 60 del Código del Menor la declaratoria de situación de abandono produce ipso iure la pérdida de la patria potestad -a menos que se presente oposición oportuna a la resolución administrativa por parte de las personas que estuvieren a cargo del cuidado, crianza o educación del niño-62.

Sólo puede darse trámite al proceso de adopción cuando previamente se ha declarado al niño o a la niña en situación de abandono. Ello es así, precisamente porque, de otra manera, no sería posible preservar la observancia plena de disposiciones constitucionales tales como las mencionadas en el punto 6 y en el punto 7 de la presente providencia, esto es, la presunción a favor de amparar de modo principal el nexo biológico primario entre padres e hijos. Como lo recordó la sala, esta presunción debe ser analizada bajo la perspectiva que presenta tanto la garantía constitucional de los derechos prevalentes de la niñez 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.

5.6. Insiste la sala, únicamente puede aplicarse esta sanción cuando en el proceso administrativo que tiene por finalidad imponerla resulta probado claramente que el niño o niña de que se trate carece en definitiva de personas que por ley deben satisfacer sus necesidades básicas, esto es, que el niño o la niña ha sido, en efecto, abandonado a su propia suerte. De manera muy excepcional procede declarar la situación de abandono cuando se verifica contundentemente que los padres biológicos no están en situación de garantizar los intereses prevalentes de su hijo o hija o que permanecer en la familia biológica conlleva para el niño o para la niña un riesgo insuperable. De todos modos, en el trámite que conduce a la declaratoria de situación de abandono deben los funcionarios administrativos que lo adelantan observar estrictamente la Constitución y en especial el derecho constitucional fundamental al debido proceso. Como la ha dicho la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones, 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 (art. 29 C.P.), mucho más los defensores de familia para quienes es imperativa la sujeción a la Constitución y a la ley, por cuanto las decisiones que adoptan afectan directamente a la familia y por ende a la sociedad. Por ello tienen el deber constitucional y legal de garantizar como el que más, el respeto al derecho de defensa y el mantenimiento de la igualdad de las partes (arts. 29, 13 C.P.)63.

5.7. Aparece claro pues, que el Defensor de Familia tiene la obligación de verificar en el caso concreto, de manera real y actual, que se han presentado, en efecto, los presupuestos fácticos y jurídicos para que se configure una situación de abandono y “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”⁶⁴.

6. Caso Concreto.

6.1. El caso bajo examen revela un especial nivel de complejidad dadas las circunstancias que lo rodean. Como se puede extraer de las pruebas allegadas al expediente por las partes así como de las solicitadas en sede de revisión, no se constata que los padres biológicos del niño Maximiliano lo hubiesen abandonado o lo hubiesen puesto en una situación tal que a la luz de la normatividad vigente existieran motivos justificados para declararlo en situación de abandono.

Por el contrario, se encuentra probado en el expediente que, dentro de las limitaciones del caso, los padres –proveniente ambos de un nivel sociocultural bajo– estuvieron y aún hoy están pendientes de recuperar la custodia de su hijo. Pudo verificarse así que el embarazo fue querido por los padres; que fue un embarazo de alto riesgo que exigió visitas constantes de la madre al médico y que ella realizó estas visitas de modo regular. Resultó factible constatar asimismo que el parto fue prematuro y con complicaciones y que se practicó cesárea. También se comprobó que la madre quedó muy débil después de dar a luz motivo por el cual no pudo asistir a las visitas de rigor en el hospital.

El padre tampoco se presentó a las visitas por carecer de documentos de identificación. Si bien es cierto este podría ser un indicativo de comportamiento negligente, considera la Sala que debe tenerse en cuenta el nivel socioeconómico del padre del niño –Jacobo– y no puede perderse de vista que por razones de seguridad en la recepción de todos los hospitales públicos o privados opera un exigente control de ingresos.

6.2. Uno de los argumentos en los cuales se sustentó la Trabajadora Social del hospital El Tunal, Patricia, para iniciar la investigación que concluyó en la declaratoria de situación de abandono del niño fue justamente que los padres no se hubiesen

acercado al hospital luego del parto, tanto más cuanto el bebé se hallaba, por causa de su estado delicado de salud, en la unidad de cuidados intensivos. Desde luego, en condiciones normales éste podría ser un signo de descuido por parte de los padres biológicos, pero tratándose como se trató de un parto con complicaciones, que requirió intervención quirúrgica -cesárea- en una mujer mayor de cuarenta años, puede comprenderse que Liliana no estuviera en condiciones para acercarse al hospital a velar por su hijo. De otra parte, la falta de documentos incidió claramente en que Jacobo no haya ingresado al hospital a ver a su hijo. No obstante, una vez la pareja fue contactada por la Trabajadora Social del hospital El Tunal, acudió a la cita y se sometió a los exámenes, terapias y exigencias establecidas a lo largo del proceso de protección adelantado por el Centro Zonal xx del ICBF.

Además, si se hace un seguimiento detenido de los reportes efectuados a lo largo de la investigación administrativa por parte del equipo interdisciplinario del ICBF, en todos ellos salta a la vista la insistencia por encontrar defectos con sustento en los cuales fuese factible poner en tela de juicio la capacidad de Liliana para ofrecerle a su hijo enfermo los cuidados requeridos. Se habla de sus precarias circunstancias económicas, de su vivienda poco adecuada; se informa que tiene tres hijos más de una relación anterior que viven con el padre y se hace hincapié en que Liliana hace tiempo no los visita pues no sabe ni siquiera donde habitan. Se insiste en que las terapias a las que ella y su compañero permanente se sometieron no dieron un resultado positivo y en que permanece constante la situación de negligencia y despreocupación de los padres respecto de su hijo.

6.3. En ningún momento se constata que las autoridades administrativas encargadas de adelantar el proceso hubiesen reparado en los aspectos positivos que presentaba la pareja. En primer lugar, se hizo caso omiso de la insistencia de Liliana y Jacobo en que su hijo Maximiliano no fuese declarado en abandono así como de su rotunda oposición a darlo en adopción. Este hecho lleva a la Sala a considerar que la Defensora de Familia debió remitir el caso al juez de familia. Esta omisión constituye una violación al debido proceso toda vez que quebranta lo establecido en el artículo 61 del Código del Menor⁶⁵.

Tampoco se reparó en los esfuerzos efectuados por la pareja para cumplir con los

requerimientos determinados durante el trámite de declaración de abandono. Se dio poca importancia al hecho de que el embarazo fue querido por la pareja y que fue un embarazo de algo riesgo. Por lo demás, no existe evidencia respecto de que el Centro Zonal xx haya acompañado a la madre ni le haya brindado el apoyo psicológico requerido, pues una cosa es efectuar un seguimiento para constatar irregularidades y otra, muy distinta, es que una vez detectada una situación difícil de riesgo o de peligro para la niñez, las entidades estatales responsables pongan a disposición de los afectados todos los medios a su alcance para superarlas.

6.4. La Sala considera que en el caso bajo examen el equipo interdisciplinario del ICBF -Centro Zonal xx- obró de manera apresurada y dictó una medida de protección que analizada a la luz del asunto particular resulta excesiva, desproporcionada y arbitraria. A lo anterior se suma el hecho de que una de las Trabajadoras Sociales involucradas en el proceso administrativo que culminó con la declaratoria de situación de abandono del niño, fue, en efecto, destituida de su cargo e inhabilitada para ejercer la función pública en cualquier cargo o función pública por el término de quince años⁶⁶. Desde luego, estima la Sala que la situación antes descrita es puntual y tan sólo afecta al Centro Zonal xx y a la Trabajadora Social disciplinada. Por consiguiente, no se cuestiona en esta sede la importancia que tienen las tareas efectuadas por el ICBF que es una institución ejemplar en el país, cuyo desempeño, probidad, sentido de servicio y responsabilidad del personal que lo integra está fuera de dudas.

Sin embargo, al revisar lo sucedido en el caso concreto, sí resulta factible comprobar que las irregularidades presentadas en el ICBF -Centro Zonal xx- alcanzaron a proyectarse de modo negativo en el asunto bajo examen pues, como ya lo señaló la Sala, el proceso administrativo se adelantó en forma excesivamente rápida y superficial y con desconocimiento del derecho constitucional fundamental al debido proceso. En todo momento, se partió de presumir la mala fe de Liliana y de Jacobo, situación ésta que contrasta con el completo informe presentado por la médica especialista en psiquiatría del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁶⁷

6.5. No puede perder de vista la Sala que en el presente caso los padres de Maximiliano

mantuvieron un interés permanente en la situación de su hijo. En varias oportunidades solicitaron verlo y acudieron incluso al apoyo de otros familiares para impedir que el niño fuese declarado en abandono y dado en adopción. Tanto es así que el día 3 de octubre Lilibian y Jacobo le escriben una carta a Ximena, una de las integrantes del grupo interdisciplinario y quien participó activamente en el proceso, comunicándole que se ausentarían de la ciudad pues viajarían a la ciudad de Cali y que no sabían cuanto tiempo se demorarían allí.

6.6. De conformidad con los hechos descritos con anterioridad, estima la sala Quinta de Revisión que la brevedad del procedimiento, unida a las actuaciones adelantadas por una funcionaria comprometida con serias irregularidades en el trámite de declaración de abandono de niños con el propósito de agilizar los trámites de adopción -quien intervino directamente en todas y cada una de las etapas del proceso-, a lo que también se ligó la ausencia de apoyo en la defensa de Lilibian y la desproporción de la medida de protección, esto es, la declaratoria de abandono de su hijo Maximiliano con la consecuente pérdida de la patria potestad sobre el niño, significó en el asunto sub judice una limitación considerable a la garantía del derecho de defensa y contradicción de la accionante, los cuales constituyen parte esencial de derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso.

Más arriba subrayó la Sala que por lo general la tutela debe entenderse -de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 superior- como un mecanismo subsidiario de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Así, cuando existen otros mecanismos de defensa alternativos, éstos han de agotarse antes de acudir al amparo por vía tutelar. No obstante, también acentuó la Sala que en aquellas eventualidades en las que las entidades responsables de la protección de los derechos fundamentales se abstienen de cumplir los requisitos exigidos por la ley y por la Constitución y las medidas adoptadas en ejercicio de sus atribuciones resultan excesivas, desproporcionadas y no respetan el derecho constitucional fundamental al debido proceso, entonces la acción de tutela puede entenderse como un mecanismo judicial supletorio de los mecanismos ordinarios.

6.7. Insiste la Sala respecto de que en el caso concreto se constató que el trámite administrativo encaminado a declarar la situación de abandono del niño fue realizado

sin respetar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso, sin consultar con las circunstancias del asunto particular y sobre todo sin apoyar a los padres del niño quienes fueron dejados a su propia suerte.

Cierto es que la condición de salud del niño y la manera como se presentaron los acontecimientos, unido todo ello, a la historia familiar de Liliana, ponen a las autoridades administrativas de protección en la necesidad de adoptar medidas que garanticen el interés prevalente de Maximiliano. Sin embargo, la declaratoria de situación de abandono resulta en el asunto bajo análisis excesiva y tampoco se compadece con el interés que han demostrado los padres biológicos de mantener los vínculos primarios con su hijo. Desde esta perspectiva, privarlos de la patria potestad únicamente porque carecen de los recursos económicos suficientes o porque no disponen del nivel cultural o educacional adecuado resulta una sanción injusta que desconoce la realidad del hogar de Jacobo y Liliana así como la de miles y miles de hogares en países subdesarrollados como Colombia.

Algo diferente es que atendiendo precisamente a esta situación, las instituciones que como el ICBF están llamadas a proteger a las familias y a garantizar, en especial, los intereses superiores de la niñez busquen el modo de apoyar a los padres y a las madres con programas que ajustados a sus necesidades socio económicas, culturales y educativas, les permita rodearse del ambiente propicio para atender lo mejor posible a sus hijos y a sus hijas. En el presente caso, ello no ocurrió. En su lugar, los padres de Maximiliano se vieron enfrentados a un trámite que sorprende por su rapidez y que ellos no comprendieron y tampoco estaban en situación de entender. A lo anterior se suma la intervención de personas que fueron luego sancionadas por incurrir en graves irregularidades en los procesos que conducen a la declaratoria de situación de abandono de los niños para facilitar los trámites de adopción -situación ésta que Liliana puso en evidencia en todo momento y dejó sentada en el escrito de tutela.

6.8. Debe precisar la Sala que la adopción -cuando se realiza observando todas las exigencias constitucionales, legales y reglamentarias- constituye una alternativa muy positiva para los niños y niñas que han sido abandonados e incluso para las mujeres que voluntariamente quieren dar a sus hijos o hijas en adopción sin que existan motivos para reprocharles tal actitud, dadas las condiciones adversas que deben soportar.

Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003, “Muchas madres solteras y jóvenes a lo largo del continente, enfrentan embarazos no deseados o no consentidos, en condiciones de precariedad económica. El reproche social constante al que muchas mujeres desafortunadamente aún tienen que enfrentarse, por su condición de madres solteras, la angustia producto de sentirse incapaces de salir adelante en su nueva situación, y las duras limitaciones económicas y materiales que la realidad les impone, son factores que motivan a muchas mujeres a considerar como única alternativa posible ‘dar en adopción’”.

Ahora bien, este no es el caso de Liliana y Jacobo. Ellos han manifestado el deseo de permanecer con su hijo y de brindarle el cariño, cuidado y atención que se merece. Más arriba se subrayó cómo la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que las condiciones económicas o educativas no pueden convertirse en obstáculos para que los hijos e hijas permanezcan con sus progenitores. Utilizar como excusa estas razones –como parcialmente ocurrió en el asunto sub judice– resulta inadmisibles. Atenta a todas luces contra el derecho constitucional fundamental a tener una familia y no verse separado de ella e infringe de modo simultáneo todos los demás derechos que se conectan con ese derecho.

6.9. En otra parte de esta misma providencia señaló la Sala que en razón de la gravedad de la sanción prevista por el artículo 60 del Código del Menor la cual ocasiona ipso iure la pérdida de la patria potestad, los funcionarios llamados a aplicarla deben cerciorarse de que los motivos con sustento en los cuales se dicta la medida sean poderosos y tengan, por tanto, la suficiente entidad e importancia para justificarla. En ese orden de ideas, el funcionario administrativo responsable ha de tener en cuenta los derechos prevalentes del niño o de la niña en cuestión, pero debe considerar, igualmente, los derechos de los progenitores biológicos a mantener los nexos recíprocos entre padres e hijos. No puede perderse de vista que tanto los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución, como la jurisprudencia constitucional y la ley, parten de la presunción con arreglo a la cual en caso de duda debe mantenerse el vínculo biológico primario.

Sobre este extremo debe la Sala llamar la atención acerca de que las sensibles limitaciones socioeconómicas y culturales de la actora así como su restringida capacidad

para comprender con total claridad las minucias del proceso administrativo por abandono de su hijo que se le inició y frente al cual permaneció indefensa. Ha de repararse también en que uno de los hallazgos hechos por la médica psiquiatra se refiere precisamente a las dificultades de Liliana para comprender asuntos demasiado abstractos. Lo anterior, sin embargo, no le impidió reaccionar y negarse desde el comienzo de modo rotundo a que su hijo le fuera arrebatado y fuese puesto bajo el cuidado de una madre sustituta. Así, desde el principio manifestó Liliana de manera enfática que ni ella ni el padre biológico del niño estaban dispuestos a darlo en adopción. Esta misma actitud se mantiene durante todo el proceso y persiste hasta la actualidad.

6.10. No obstante, los argumentos que sirvieron de sustento a la declaratoria de situación de abandono del niño y, en consecuencia, a la pérdida de la patria potestad, se relacionaron de modo principal con la carencia de una vivienda adecuada con suficiente ventilación y, en general, con circunstancias todas atinentes a la situación de precariedad socioeconómica y cultural de Liliana y Jacobo. Así, el informe presentado por la Defensora de Familia del ICBF insiste en lo siguiente: “Se realiza visita al medio familiar de los presuntos padres, Liliana y Jacobo, presunto padre el bebé en mención, en la vivienda ubicada en (...) Para localizar la vivienda fue necesario citar a la madre para conducirme al lugar de residencia. // (...) // Liliana reside en una casa de hacinamiento donde paga una pieza muy estrecha, sin luz ni ventilación, en condiciones adecuadas de higiene, orden aseo y distribución dónde solo cuentan con una cama pequeña cual es ocupada por la pareja. // Liliana es una mujer de 43 años de edad, pero representa mucha más edad de la que tiene.”

Desde luego, debe la Sala tener presente que Liliana y Jacobo no han logrado demostrar que por sí mismos o con el apoyo de su familia extensa puedan proveer de los elementos materiales, psicológicos y emocionales para atender el desarrollo óptimo de Maximiliano aun cuando tampoco puede la Sala descartar que en un futuro próximo y con el apoyo estatal apropiado estén en posibilidad de hacerlo. Claro está, la Sala no puede perder de vista que fuera de los problemas económicos Liliana presenta asimismo dificultades para relacionarse con sus otros hijos adolescentes. Empero, el informe presentado recientemente por la médica psiquiatra muestra que mientras sus demás hijos estaban pequeños Liliana no sólo les brindó cariño y apoyo sino que los mantuvo satisfactoriamente con el fruto de su trabajo. De otra parte, el informe

presentado por la médica especialista en psiquiatría del Instituto Colombiano de Medicina Legal tanto como el presentado por la psicóloga forense de ese mismo instituto, fueron claros y contundentes en recomendar para el caso concreto la preservación de los nexos familiares de origen.

6.11. Las circunstancias que rodean el asunto bajo examen amerita que se adopten medidas para preservar los lazos primarios entre Maximiliano y sus progenitores pero aconsejan igualmente tomar otras medidas de protección encaminadas a conjurar la situación del riesgo en la que se encuentra Maximiliano, sin que ellas impliquen privar a sus progenitores de la patria potestad. Pueden consistir estas medidas en apoyo psicológico así como en acompañamiento adecuado por parte de las entidades estatales de protección familiar aptas para asegurar que Maximiliano reciba la asistencia que exige su estado de salud y pueda así garantizarse que el niño goce de un desarrollo armónico e integral ajustado a su situación económica y sociocultural. En efecto, la condición de salud de Maximiliano merece toda la atención, tanto más cuanto aún hoy debe el niño utilizar oxígeno durante las noches y presenta problemas coronarios. Las medidas que se deben adoptar en el caso concreto han de contemplar entonces la situación actual tanto como el panorama futuro del desarrollo de Maximiliano. Al mismo tiempo han de asegurar que el desarrollo del niño se efectúe en forma sana e integral, velando por preservar sus intereses prevalentes.

7. Razones de la Decisión.

7.1. En el presente caso las autoridades administrativas obraron de manera apresurada y acudieron a una medida de protección desproporcionada y excesiva -la declaratoria de situación de abandono del niño Maximiliano- cuando habían podido tener en cuenta otras alternativas más acordes con la situación familiar del niño y más respetuosas de los derechos constitucionales fundamentales que se encontraban en juego.

7.2. El equipo interdisciplinario del ICBF no pudo desvirtuar la presunción a favor de la familia biológica y, en tal sentido, no le fue factible establecer el motivo por el cual el grupo familiar conformado por Liliana y Jacobo podía representar una amenaza para los intereses superiores de Maximiliano. A contrario sensu, con el apoyo estatal

apropiado, el hogar de la pareja puede contribuir al desarrollo integral y armónico del niño ajustado al nivel socioeconómico y cultural de su familia biológica.

7.3. Tampoco pudo la Sala constatar que la permanencia de Maximiliano en el seno de su familia biológica pueda reportarle un riesgo prohibido o ponerlo ante condiciones extremas que amenacen irrespetar o irrespeten su dignidad humana. Ni la capacidad económica de los progenitores ni su nivel de educación básica puede servir de pretexto para desvincular a Maximiliano de su entorno familiar.

7.4. La declaratoria de situación de abandono del niño Maximiliano no obedeció a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y resultó más bien excesiva y arbitraria. Se adoptó en desarrollo de un proceso que no respetó el derecho de defensa y de contradicción, en cuanto componente primordial del derecho constitucional fundamental al debido proceso. Si existen motivos que justifican la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno filiales en el caso bajo examen, ellos no radican en la situación de abandono del niño sino en las circunstancias de salud en las que se encuentra y en la necesidad de apoyo que requieren sus padres para estrechar el vínculo familiar con el niño -que fue interrumpido en contra de su voluntad- y que ahora necesita ser restablecido de la mejor manera posible, atendiendo a la situación socioeconómica y educativa de los progenitores.

7.5. Por los motivos expresados en precedencia, la sala Quinta de Revisión concederá el amparo invocado y ordenará, en consecuencia, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dejar sin efecto la resolución mediante la cual se declaró la situación de abandono del niño Maximiliano. En tal sentido, exigirá que la custodia del niño sea devuelta a sus padres biológicos Liliana y Jacobo.

7.6. Ahora bien, como la sala es consciente de que el niño se encuentra de todos modos en una situación de riesgo -dadas sus condiciones de salud y en vista de que, por los motivos que han sido expuestos de manera suficiente en la presente providencia, no ha podido tejer vínculos de afecto y confianza con sus progenitores- pasa la Sala a dictar un conjunto de órdenes encaminadas a facilitar la construcción de los vínculos que se vieron rotos con el procedimiento administrativo adelantado de modo irregular por el Centro Zonal xx del ICBF y dirigidas a lograr que se obtenga la protección del

interés prevalente del niño.

(i) En primer lugar, ordenará la Sala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar provea los recursos económicos indispensables para que permita aliviar la presión económica a la que se puedan ver enfrentados los progenitores del niño Maximiliano. Esta ayuda deberá extenderse como mínimo durante cuatro años -que es la edad en que se encuentra el niño actualmente y equivale al lapso durante el cual, por motivo del proceso administrativo irregular de declaratoria de situación de abandono, se vio separado de sus progenitores. Con ello se busca que Liliana y Jacobo puedan -así sea parcialmente- permanecer en su hogar y construir lazos de afecto y confianza con su hijo Maximiliano y se persigue asimismo garantizar un periodo razonable de transición e integración familiar.

(ii) En segundo lugar y como complemento de lo anterior, ordenará la Sala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante un Centro Zonal distinto al demandado en la presente ocasión, ofrezca el apoyo psico-social necesario a todos los integrantes de la familia nuclear del niño Maximiliano, de modo que puedan ellos contar con las herramientas básicas para generar una atmósfera que -sin desatender el medio socioeconómico y cultural del que provienen y las limitantes que de allí puedan derivarse- sea apto para ofrecerle a Maximiliano un entorno que propicie su desarrollo integral.

(iii) Por lo tanto, dadas las fallas atribuibles al ICBF Centro Zonal xx en el proceso de declaratoria de situación de abandono del niño, para efectos de asegurar que Maximiliano recibirá el cuidado que requiere, se ordenará al ICBF (a) que provea todos los elementos materiales necesarios para su debida crianza tales como sustitutos lácteos, complementos nutricionales, medicamentos esenciales y artículos de primera necesidad durante un lapso de cuatro años. El ICBF deberá asegurar que estos elementos los suministrará oportunamente hasta que se cumpla el término indicado en la presente providencia. (b) que le brinde asesoría psicológica a Liliana y a Maximiliano durante el término de cuatro años. Para esos efectos, ordenará la Sala a la Dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adopte las medidas administrativas y presupuestales indispensables; (c) que incluya al niño Maximiliano y a su familia en programas ya existentes para suplir este tipo de necesidades como, por ejemplo, el

Programa Hogar Gestor.

(iv) Por último, la Sala ordenará a la Defensoría del Pueblo que dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente sentencia allegue ante la Secretaría General de la Corte Constitucional un informe completo y minucioso del cumplimiento del fallo aquí contenido así como de la manera como se desenvuelven las relaciones en el núcleo familiar de Liliana, Jacobo y Maximiliano. Esta información la deberá suministrar cada tres meses durante un lapso de cuatro años.

III. DECISIÓN.

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos en este proceso.

Segundo.- REVOCAR la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Civil, el día 4 de diciembre de 2008 que CONFIRMÓ a su vez la dictada por el Juzgado Treinta Civil de Circuito de Bogotá el día 5 de noviembre de 2008. En su lugar, conferir el amparo invocado y dejar sin efectos la resolución número 161 emitida el día 10 de noviembre de 2006 por el ICBF mediante la cual se declaró la situación de abandono del niño Maximiliano (así denominado para proteger su identidad).

Tercero.- Ordenar por Secretaría General al ICBF que adopte las medidas y adelante las actuaciones indispensables para hacer entrega física y jurídica del niño Maximiliano a su madre Liliana (así denominada para proteger su identidad) y para cerciorarse que el retorno del niño a su familia biológica se efectúe de la manera menos traumática posible. El trámite de entrega del niño no podrá extenderse por más de treinta días contados a partir de la notificación de la presente providencia. El ICBF comisionará para tales efectos a un Centro Zonal diferente al demandado en la presente ocasión e informará a la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y las Mujeres de la Defensoría del Pueblo, con el fin de que esta institución acompañe al ICBF en la diligencia de entrega del niño. Igualmente, el ICBF deberá informar de todas y cada una de las actuaciones que realice con relación al niño Maximiliano a la mencionada Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y las Mujeres de la Defensoría del Pueblo.

Cuarto.- Ordenar por Secretaría General al ICBF que adopte las medidas administrativas y presupuestales indispensables para: (a) proveer a Liliana mensualmente desde el mismo momento de la entrega de su hijo los elementos materiales necesarios para la debida crianza del niño tales como sustitutos lácteos, complementos nutricionales, medicamentos y artículos de primera necesidad durante un lapso de cuatro años, asegurando que estos elementos los suministrará oportunamente hasta que se cumpla el término de cuatro años fijado en la presente providencia; (b) asegurarse que Liliana y Maximiliano reciban durante el término de cuatro años el apoyo psicológico imprescindible para trabar los lazos materno/filiales que fueron rotos con el proceso administrativo adelantado de manera irregular por el Centro Zonal xx del ICBF y que culminó con la declaratoria de situación de abandono del niño. Para tales fines la accionante podrá solicitar este apoyo psicológico de la profesional adscrita que ella escoja. La Dirección del ICBF explicará a Liliana en qué consiste esta posibilidad y cuál es su utilidad; (c) incluir al niño Maximiliano y a su familia en programas ya existentes para suplir este tipo de necesidades como, por ejemplo, el Programa Hogar Gestor.

Quinto.- Ordenar por Secretaría General al ICBF que visite sin previo aviso a la accionante en su residencia, dos veces durante el segundo mes siguiente a la notificación de esta sentencia, y posteriormente cada mes, para comprobar el estado en el que se encuentra el niño Maximiliano, durante un lapso total de cuatro años. En caso de que la accionante desee cambiar de residencia en compañía de su hijo, ordenarle que previamente deberá advertírselo al ICBF, quien se encargará de continuar con las visitas o comisionará para ello a la autoridad competente, dependiendo del lugar de la nueva residencia en que la accionante vivirá con su hijo. Del acta de las visitas se remitirá copia a esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional. La Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y las Mujeres de la Defensoría del Pueblo vigilará el cumplimiento de esta orden.

Sexto.- Ordenar por Secretaría General a la Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y las Mujeres de la Defensoría del Pueblo que dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente sentencia allegue ante la Secretaría General de la Corte Constitucional un informe completo y minucioso del cumplimiento del fallo aquí contenido así como de la manera como se desenvuelven las relaciones en el núcleo familiar de Liliana, Jacobo y Maximiliano. Esta información la

deberá suministrar después cada tres meses durante un lapso de cuatro años.

Séptimo.- Compulsar copias del expediente a las Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Octavo.- Ordenar a la Secretaría General que los nombres y los datos que permitan identificar al niño o a sus familiares sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ordenar por Secretaría General al Juzgado Treinta Civil de Circuito de Bogotá que se encargue de salvaguardar la intimidad del niño y de sus familiares, manteniendo la reserva sobre el expediente.

Noveno.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sentencia SU 225 de 1998.

2 Para la protección del derecho a la intimidad del niño involucrado en esta proceso y como medida de protección a sus derechos fundamentales y los de su familia, la Sala ha

optado por cambiar los nombres reales del pequeño, de sus padres o allegados, al igual que los datos de los funcionarios que intervinieron en el proceso administrativo ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), por nombres ficticios, a saber: (i) Maximiliano: niño afectado; (ii) Liliana: madre biológica del niño; (iii) Jacobo: padre biológico del niño; (iv) Javier: Defensor de Familia No. 1; (v) Adriana: Defensora de Familia No. 2; (vi) Ximena: Trabajadora Social del ICBF; (vii) Mauro: Psicólogo del ICBF; (viii) Patricia: Trabajadora Social del Hospital El Tunal; (ix) Susy: el tercer miembro del equipo técnico del ICBF; (x) Piedad: Nutricionista del ICBF; Lourdes: Madre sustituta.

Esta determinación se ajusta no solo a las normas constitucionales ligadas a la protección de la infancia, sino también a las disposiciones establecidas en la Ley 1098 de 2006, tendientes a asegurar la prevalencia de los derechos de los niños y de las niñas (art. 9) y su intimidad (art. 33). La decisión de excluir de cualquier publicación los nombres originales de menores implicados en procesos de tutela, así como los de sus familiares, ha sido adoptada como medida de protección en múltiples tutelas, entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992; T-442 de 1994; T-420 de 1996; T-1390 de 2000; T-1025 de 2002; T-510 de 2003; T-292 de 2004; Sentencia T- 900 de 2006/06.

3 La actora explica en la tutela que el motivo de no haber comparecido a las visitas se debió a que estaba muy delicada de salud y que necesitaba reposo, “por lo que su compañero estuvo presente dándole calor humano al bebé y cuando ella se recuperó de la enfermedad, volvió a las visitas normales”.

4 Aporta como medios de prueba: (i) copia del seguimiento de Trabajo Social hecho por el Hospital El Tunal (Folios 28-29, cuaderno 1); (ii) copia de la solicitud realizada por el ICBF al Hospital El Tunal para que dicho hospital ponga el niño a disposición del ICBF - Centro Zonal XX- “una vez sea dado de alta con peso requerido, epicrisis, certificado de nacido vivo y valoraciones”. (Folio 30, cuaderno 1); (iii) copia de reporte de valoración efectuado por la Defensora de Familia (Folios 31-32, cuaderno 1); copia del reporte de valoración efectuado por el psicólogo del ICBF sobre la base de los reportes realizados por la misma Defensora de Familia (Folios 33-34, cuaderno 1); (iv) copia del reporte de actuación emitido por el Defensor de Familia del ICBF, en donde consta que se le entrega el niño a una madre sustituta (Folios 35-36, cuaderno 1); (v) copia del reporte de

actuación -entrevista-, realizada a la accionante y a su compañero permanente por el psicólogo del ICBF (Folio 37-40, cuaderno 1).

5 Se efectúa un recuento de atención terapéutica y se da la siguiente recomendación para el ICBF -Centro Zonal XX-: "Debido a lo anteriormente mencionado se encuentra que aunque los padres se muestran interesados en asumir el cuidado de su hijo, se observa que no han existido cambios significativos que permitan visualizar que los padres han cambiado sus condiciones de vida, razón por la cual debido a la condición de salud se considera como un riesgo que los padres asuman el cuidado del niño."

6 El Hospital sustenta su acusación por medio de un informe en el cual registra de la siguiente manera que la madre no acude a las visitas. "(...) 4/05/06 Intermedios. Peso 1778 g (...) Se solicita 02 domiciliario. 5/05/06 Intermedios (...) madre no ha acudido a visita para entrega de orden 02 domiciliario. 6/05/06 Intermedios (...) madre no ha acudido a visitas. 7/05/06 Intermedios. (...) madre no acude a visitas. 8/05/06 (...) se solicita valoración por trabajo social pues la madre no acude a visitas desde el 2/05/06 no contesta número celular. Trabajo Social entrevista a los padres en horas de la tarde, no se observa apego, se notifica a ICBF. 9/05/06 Básicos. (...) se reinterroga a la madre observándose franco descuido y desapego hacia el bebé, se notifica al ICBF, queda bajo medida de protección. 10/05/06. (...) bajo medida de protección ICBF. 11/05/06. (...) bajo medida de protección ICBF. 12/05/06. . (...) bajo medida de protección ICBF.. 13/05/06. (...) bajo medida de protección ICBF. 14/05/06. (...) bajo medida de protección ICBF. 15/05/06. (...) bajo medida de protección ICBF. (...) 30/05/06. (...) se avisa a trabajo social para la autorización del procedimiento con ICBF y madre, ya que ella no entiende bien lo que se le explica".

7 Informe presentado por la Trabajadora Social del hospital el Tunal el día 11 de mayo de 2006. Folio 28, cuaderno No 1.

8 Folio 4, cuaderno No 3.

9 Folio 33, cuaderno No 1.

10 Folio 30, cuaderno No 1. ICBF, Centro Zonal.

11 Folio 21, cuaderno No 3.

12 Folio 25, cuaderno No 3.

13 En el informe se indica: "Aspectos personales: Ella tiene 41 años (...) es ayudante de cocina de un restaurante. (...) En la entrevista se aprecia una señora de edad madura, físicamente "fuerte", canosa, cuyo porte fue atento y actitud colaboradora, su tono emocional fue tranquilo, seria. A pesar de no tener a su cargo directo 3 de sus hijos sobrevivientes y haber perdido otros dos hijos (...) se mostró deseosa de tener consigo a su hijo y ofrecerle los cuidados que el pequeño necesita. / (...) Aspectos familiares: (...) Con su segundo marido, Jacobo, vive hace tres años, ha sostenido una relación estable: "el es muy trabajador es vendedor de galletas en los buses, se gana \$50.000 o \$60.000 diarios, de lunes a sábado o sea aproximadamente como un millón \$1.000.000. El como padre lo considera "bueno", le da para los pañales, le compra ropa, ha ido a visitar al niño". / (...) Sobre el niño: Fue deseado a pesar de su edad... nació prematuro, bajo de peso, estuvo en incubadora un mes, lo operaron de reflujo y le hicieron gastronomía, requirió de oxígeno. El niño nació en el Tunal el 23 de abril de 2006 (...) duró hospitalizado 2 meses. / Preguntada: ¿Alguna vez dejaron de verlo [al niño]? Un solo día, pero llamaron al hospital, fue lunes festivo. Cree que fue en mayo, ella sufrió fiebre, le dio "recaída". / ¿Fueron más días? Asegura que fue sólo un día. / (...) ¿El papá no registró al niño? No tenía cédula, se le perdieron los papeles y quedó de registrarlo esta semana. / ¿Alguno de los dos se quedó cuidando el bebé en el hospital? No, no los dejaron. / ¿Qué cuidado pudieron darle al niño Uds. mientras estuvo hospitalizado? Alzarlo y estar todo el tiempo de las visitas. / ¿Su familia y la del señor saben del niño? De ella, ninguno, su familia es de Ubaté y de la de él sí saben, ayer llamó el hermano de él (...) y preguntó por el niño. / ¿Qué han hablado con su marido sobre el niño? Ellos consideran que pueden hacerse cargo del niño. Ambos trabajan. En la pieza entra luz, tiene ventana. Comentan que piensan cambiarse de vivienda en enero del año entrante. El cuñado les ha ofrecido llevárselos a vivir. / "¿Quién cuidaría del niño? Ella dejaría de trabajar mientras se mejora el niño. / "¿Se siente capaz de atender al niño? Ya lo hizo con el que tuvo labio leporino [quien falleció], también lo tuvo con oxígeno, estaba en vísperas de la operación. No se la habían hecho porque a ella se le perdió la cédula. / "¿Estarían dispuestos a dar el consentimiento para la adopción? Nunca en la vida "somos los papás". / "Es importante vincular a la madre y al padre a proceso terapéutico, establecer idoneidad en los

padres para asumir al niño, explorar red familiar de apoyo y determinar la viabilidad del reintegro o declaratoria de abandono". Folios 37 a 40, cuaderno No 1 y Folio 29, cuaderno No 3.

15 Informa lo siguiente: "(...) Se realiza visita al medio familiar de los presuntos padres, Liliana y Jacobo, presunto padre el bebé en mención, en la vivienda ubicada en ... Para localizar la vivienda fue necesario citar a la madre para conducirme al lugar de residencia. // (...) // Liliana reside en una casa de hacinamiento donde paga una pieza muy estrecha, sin luz ni ventilación, en condiciones adecuadas de higiene, orden aseo y distribución dónde solo cuentan con una cama pequeña cual es ocupada por la pareja. // Liliana es una mujer de 43 años de edad, pero representa mucha más edad de la que tiene. (...) Liliana y Jacobo, es (sic) una pareja que tiene una relación en unión libre desde hacer cerca de tres años donde han procreado tres hijos de los cuales los dos primeros han fallecido, el primero por un PARO respiratorio y el otro nació muerto debido a complicaciones de salud. El bebé Maximiliano nació con un estado de salud delicado por lo cual se encuentra hospitalizado por cirugía por reflujo y problemas respiratorios. // Los ingresos provienen de la venta de comestibles en los buses donde devenga un ingreso promedio de trescientos mil pesos mensuales, los cuales refieren les alcanza para suplir las necesidades básicas de la pareja, en la vivienda no se encuentran los muebles y enseres necesarios para los miembros que ocupan la vivienda. // Las condiciones habitacionales no son adecuadas, son insuficientes. No cuentan con espacio, luz y ventilación. De igual forma no tienen los medios suficientes para albergar al bebé, quien requiere de un medio familiar con más garantías ya que su cuidado debe ser extremo y en estas condiciones no lo tiene, comparten el baño, la cocina y residen con ellos muchas más familias con consumo de spa. Recicladores, por lo cual la vivienda no reúne condiciones de higiene y salubridad para tener al niño en ese lugar. // Observaciones y recomendaciones: // El padre no ha reconocido al niño, por lo cual sólo es necesario buscar las condiciones y demás que la madre reúne para la posibilidad de reintegro del niño. // El padre tuvo problemas de ingesta de alcohol y consumo de spa, refiere haber salido del problema, al parecer la madre presentó consumo refiere haber superado. // Jacobo se encuentra indocumentado, (...) busca de apoyo para ver la viabilidad del reintegro del pequeño. // Es necesario revisar equipo técnico para definir esta situación ya que los padres reclaman al pequeño. // Concepto Social. // La madre Liliana no cuenta con un medio habitacional y familiar adecuado que nos garantice el cuidado y atención al

niño. (...) No existe red familiar que apoye en este momento a la madre en esta función. Por todo lo anteriormente expuesto considero necesario realizar equipo técnico y definir la situación del niño, ya que el medio familiar de la madre no reúne ninguna condición para el reintegro del niño y lo pondría en riesgo ante su mal estado de salud". Folios 41 a 43, cuaderno No 1.

16 Indica que por su condición Maximiliano debe: -"Seguir de manera estricta indicaciones dadas en el Hospital para manejo de gastrostomía. // Asistir a citas: consulta externa pediatría; cita consulta externa cirugía pediátrica, cita consulta externa terapia del lenguaje. Y seguir estrictamente indicaciones. // Atender signos de alarma en el recién nacido oxígeno dependiente. // Recomendaciones nutricionales: Suministrar alimentación según indicaciones equipo médico tratante". Folio 42, cuaderno No 3. Historia del Proceso de Protección del Menor.

17 Concluye: "(...) El niño evidencia retraso psicomotor generalizado en subprocesos de motricidad gruesa fina y de lenguaje, acentuado por su condición actual de salud, por lo cual requiere vinculación a terapias ocupacionales y del lenguaje y desde luego planes caseros que incentiven dichos procesos. // Concepto Psicológico. // Maximiliano es un bebé de 2 meses de nacido, cuyo estado de salud es delicado (bebé prematuro, oxígeno dependiente y reflujo III -manejo de sonda gástrica, suministro de droga alimentación por sonda), necesita de máximos cuidados psicoafectivos y de salud, por lo tanto, su permanencia bajo medida de protección, colocación familiar, debe continuar, por ser un espacio familiar adecuado, dado los antecedentes de la madre con sus otros hijos. // Así mismo es necesario vincular al niño a las terapias ocupacionales y del lenguaje, en consideración a su retraso de desarrollo encontrado, como también intensificar los planes caseros con el respaldo de cada una de las profesionales respectivas".Folio 40. Cuaderno No. 3 Historia del Proceso de Protección del Menor.

18 Folios 65 a 78, cuaderno No 3.

19 Folio 44, cuaderno 1.

20 Folio 79, cuaderno 3 y Folio 45, cuaderno No 1.

21 La nota está firmada por la señora Liliana.

22 El informe dice así: "(...) Familia remitida por el ICBF en búsqueda de apoyo por negligencia en el cuidado del niño. El niño ingresa en grave estado de salud por remisión de hospital, debido a que los padres no cuentan con los recursos necesarios para hacerse cargo del cuidado del niño, quien actualmente se encuentra colostomizado. // Durante el proceso de intervención se realizaron se reconocieron (sic) aspectos de la estructura y dinámica familiar encontrando que Liliana tiene 41 años; durante su ciclo vital ha establecido dos uniones de la primera unión existen tres hijos J de 13 años, A de 9 años y L de 8 años; los dos hijos menores de la unión fallecieron debido a problemas de salud; la señora manifiesta que [esa primera] relación estuvo marcada por el maltrato y la descalificación constante (...) el padre queda legalmente a cargo de los hijos, la relación actual de Liliana con sus hijos se encuentra cortada, ella argumenta que desde hace 1 año aproximadamente no conoce del paradero de sus hijos. (...) // (...) Como eventos estresores (sic) la familia reconoce las dificultades económicas, los conflictos conyugales con el primer compañero de Liliana, la separación de los hijos mayores, la inestabilidad laboral y habitacional, las dificultades de salud de la señora y el niño y la medida de protección del niño. Como estrategias de afrontamiento se observa que la familia se moviliza a través del Laissez faire, dejar hacer dejar pasar, se observa que la familia actualmente no cuenta con apoyo de la red familiar extensa y se muestra resistente a buscar apoyo institucional. // (...) La familia canceló en varias oportunidades las citas programadas argumentando dificultades personales y la realización de un viaje a Cali a fin de solicitar el apoyo de la familia extensa del señor Jacobo, razón por la cual se dilató el proceso de intervención terapéutica. // En las sesiones adelantadas se trabaja frente a la importancia de reconocer las dificultades de salud del niño y la importancia de mejorar las condiciones de vida de la familia con el fin de ofrecer una mejor calidad de vida al niño, se evidencia que los padres se posicionan desde la inmediatez dando únicamente respuestas a las necesidades del momento, se evidencia que los padres tienen dificultades para establecer metas a mediano y largo plazo, razón por la cual se avanza en la elaboración de un proyecto de vida a nivel personal y familiar. // En las sesiones realizadas con la señora se trabaja frente al fortalecimiento de su autoestima se reconocen recursos para el afrontamiento de dificultades y se avanza frente a la importancia de posicionarse en su rol como figura de protección ante sus hijos mayores ya que desde hace 4 años se ha mostrado periférica en el ejercicio de su rol protector (...) // En las sesiones realizadas con la pareja se

trabaja en la potencialización de recursos para el afrontamiento de dificultades y se reconoce la importancia de activar la red de apoyo familiar e institucional, la familia durante el proceso logra contactar a miembros de la familia extensa del señor Jacobo y se trasladan a Cali con el fin de activar dicha red, la familia informa que el apoyo ofrecido por la familia es de tipo emocional, debido a que la situación económica de la familia es precaria. //Con respecto a la red de apoyo institucional se hace énfasis en la importancia de conseguir apoyos que les permitan mejorar su situación laboral y económica no se visualización que la familia se haya movilizadado en ese nivel. // En reunión de equipo técnico realizado en el mes de septiembre se reconoce que la familia aunque ha participado de manera activa en el proceso de atención terapéutica no ha logrado mejorar su condición de vida actual y debido a la condición de salud del niño se constituyen en un riesgo (sic) el pensar en que los padres se hagan cargo de su cuidado razón por la cual se determina declaratoria de abandono, se define desde el proceso terapéutica a apoyar en el proceso de elaboración del duelo por la pérdida. // En las sesiones de cierre y seguimiento se avanza frente a esta decisión y la pareja manifiesta que no la acepta, se reconocen con ellos las dificultades para asumir el ciudadano del niño y las debilidades frente al ejercicio del rol. // (...) Debido a lo anteriormente mencionado se encuentra que aunque los padres se muestran interesados en asumir el cuidado de su hijo, se observa que no han existido cambios significativos que permitan visualizar que los padres han cambiado sus condiciones de vida, razón por la cual debido a la condición de salud se considera como un riesgo que los padres asuman el cuidado del niño”. Copia de reporte, Folio 82 cuaderno No 3.

23 Copia del Reporte en mención. Folio 48, cuaderno No 1 y 83, cuaderno No 3.

24 Folios 49-53, Cuaderno No. 1.

25 Copia de la Nota de citación. Folio 54, cuaderno No 1.

26 Copia de la Constancia. Folio 56, cuaderno No 1.

27 En el referido Oficio la Sala Quinta solicitó la siguiente información: (i) el estado actual del menor Maximiliano, en cuanto a sus condiciones de salud y evolución, así como las características, etapas y situación actual del proceso de adopción. (ii) La determinación, actuación o desestimación en contra de la [Defensora de Familia]

Adriana a raíz del programa Séptimo Día. Si como lo aduce la demandante [la funcionaria] Adriana fue destituida con ocasión de estas denuncias, esa institución deberá informar al Despacho qué decisiones posteriores tomó el ICBF con respecto a los procesos administrativos en los que participó esa profesional, en cuanto a la revisión de sus conceptos, investigación interna, revisión de archivos, etc. Por último, (iii) la entidad deberá informar a este Despacho si era posible para la accionante y su compañero acceder al expediente de su menor hijo con posterioridad a la declaratoria de abandono del menor después de la ejecutoria de la decisión, y si existen pruebas o registros de esa entidad sobre la fecha en que la señora Liliana finalmente accedió al expediente o conoció de la decisión adoptada por el ICBF en cuanto a la declaratoria de abandono del menor.”

28 “CON RESPECTO A LA OPCIÓN Y VALORACIÓN PARTICULAR DE SER CANDIDATO PARA SER ADOPTADO, NO SOLO ES APTO SINO QUE ADEMÁS SERÍA MUY CONVENIENTE MÁS AUN CUANDO VIVIRÍA MUY PROBABLEMENTE A UNA ALTURA SOBRE EL NIVEL DEL MAR MÁS BAJA NO REQUIRIENDO OXÍGENO SUPLEMENTARIO Y ADEMÁS CONTARÍA CON MÁS GARANTÍAS PARA EL SEGUIMIENTO CLÍNICO MÁS ESTRECHO LO QUE ASEGURARÍA UN MEJOR PRONÓSTICO.”

29 Luego informa que “dadas las condiciones de salud del niño, el Comité de Adopciones decide solicitar a las Agencias autorizadas por el ICBF para adelantar trámites de Adopción, se valore el estado de salud de Maximiliano y así con un diagnóstico real de su estado de salud y posterior tratamiento se logre asignarle una familia. Entre las agencias se encuentra ADOPFORUM de Noruega, la que ofreció valorarlo, a través de los profesionales de la salud. // El 7 de julio de 2007, la señora Liliana solicita mediante Derecho de Petición se le autoricen visitas y se le expidan fotocopias de toda la actuación administrativa, la Defensora de Familia le responde que no es posible acceder a dicha petición porque el niño Maximiliano ya fue declarado en situación de abandono. // Por lo anterior, al haberse producido una resolución que declara la situación de abandono del menor, no es posible acceder al expediente, por cuanto por mandato expreso del Artículo 60 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, vigente para la época en que se dictó la resolución, la accionante perdió los derechos de Patria Potestad sobre su hijo; ‘La declaración de abandono en que se disponga como medida de protección la establecida en el numeral 5 del artículo 57 producirá respecto de los padres la

terminación de la patria potestad del menor adoptable.' Informamos a la Honorable Corte que, de igual manera, la Historia Sociofamiliar del proceso Administrativo de Protección es conocido por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuradora 61 Judicial de Familia, quien ha venido revisando las actuaciones. Adicionalmente nos permitimos manifestar que el 5 de marzo de 2009 la Registraduría del Estado Civil envía oficio informando que se realizó la anotación marginal en el libro de varios de la resolución de adoptabilidad, pero que el indicativo serial se había cambiado por que el señor Jacobo había reconocido a Maximiliano como su hijo. // El 28 de abril de 2009, la Secretaría del Comité de Adopciones devuelve a la Defensora de Familia que lleva el caso, en el Centro Zonal XX, la Historia 11H No. 00070 - 2006 de Maximiliano, al observar que el niño fue reconocido por su padre biológico, lo que modifica sustancialmente el proceso y en consecuencia debe entrar a subsanarse éste, vinculando legalmente al padre para que ejerza sus derechos.

30 "Examinado el niño Maximiliano, teniendo en cuenta los reportes de historia sociofamiliar, proceso de tutela y entrevistas realizadas a la madre biológica y sustituta, se encuentra para el momento del examen, un niño de 3 años 2 meses de edad cronológica, procedente de un hogar primario integrado de clase socioeconómica baja, producto de un embarazo planeado deseado por ambos progenitores, con una percepción física y psicológica de la madre en gestación desde los primeros meses, acorde con su nivel sociocultural y estrato bajo. La madre presentó en gestación signos de preclancia, y sangrado desde el quinto mes de gestación, acudiendo a los servicios de salud para velar su estado, (ambos progenitores), con requerimiento de hospitalizaciones exámenes diagnósticos y controles médicos. // El parto fue prematuro, por cesárea, con presencia de placenta previa sangrante, sufrimiento fetal: con afgar caracterizado por hipotonía e importante dificultad respiratoria, requiriendo su ingreso inmediato a la Unidad de cuidados intensivos, siendo a los 3 meses de nacido intervenido por cirugía gástrica y peritonitis, sin acceso a lactancia materna, percibida y vivida por su madre, en razón de sonda gástrica que requirió el menor. // Sumados los antecedentes de prematurez (sic), déficit respiratorio y demás intervenciones quirúrgicas en el infante se dan las medidas de protección del ICBF, argumentadas por condiciones locativas y sociales de los padres, que dio lugar a la abrupta y total deprivación (sic) del vínculo padres-hijo, sin acceso ni instrucción a los padres, para afianzar la matriz familiar de apoyo de un menor prematuro, con desconocimiento de las necesidades físicas

psicológicas del infante por suplir con sus progenitores. // Es así como desde los 2 primeros meses de edad, el infante Maximiliano es dado en protección en hogar sustituto a cargo de Lourdes que viene respondiendo en su cuidado diario, pero no da cuenta de manera precisa acerca del desarrollo psicomotor del menor, de pronto camino a los 6 meses y caminó al año y medio. // En cuanto al estado mental y psicológico del menor obra en el expediente valoración psicológica realizada por el ICBF 20 DE FEBRERO DEL 2007, se registra como técnicas empleadas una escala de desarrollo EAD-1 y entrevista, informe que no consigna cual fue el desempeño del niño Maximiliano en dicha escala y se hace un diagnóstico // 'De acuerdo a la edad cronológica demuestra un retardo psicomotor moderado generalizado, requiere continuidad en las terapias físicas y ocupacionales y del lenguaje además de sesiones de estimulación casera permanente.' // 'Requiere de familia adoptante que satisfaga plenamente sus necesidades alimentarias psicoafectivas, aceptación reconocimiento, aplicación de crema Jonson (sic) y cambio de pañal, controles médicos de neumología, pediatría, terapias semanales'. // Realizado examen psicológico forense el 26 de junio de 2009, mediante observación clínica no es congruente con un retardo psicomotor moderado generalizado. // El niño Maximiliano de 3 años de edad, presenta procesos cognitivos de atención, comprensión verbal acorde a su edad, como ejecución de órdenes verbales sencillas, con un desarrollo psicomotor en el cual hay conservación de la marcha, control de esfínteres diurna, capacidad abierta de socialización y empatía en un contexto que le brinde gestos de saludos despedida y sonrisa. Se encuentra en proceso de interiorización y reconocimiento de las partes de su esquema corporal, Muestra participación e interés por actividades lúdicas y recreativas acorde a su edad. Se encuentra en la evaluación déficit del lenguaje verbal a nivel expresivo congruente con las evaluaciones de seguimiento por fonoaudiología, con actuales logros denominación de partes del cuerpo objetos y personal, por lo que requiere dar continuidad a un programa de terapias consecutivas a largo plazo.

31 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-432 de 2002, T- 408 de 2002, SU-646 de 1999, T- 632 de 2004.

32 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1214 de 2000.

33 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998.

34 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-834 de 2005.

35 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008.

36 Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica”. Sentencia C-157 de 2002.

37 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003.

38 *Ibíd.*

39 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008.

40 *Ibíd.*

41 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación).

42 Resulta clave mencionar la protección que se deriva para la niñez tanto a partir de lo consignado en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, se pronuncia respecto de la necesidad de ampara derechos específicos de la niñez. El artículo 19 de la Convención

establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” Acá adquiere especial importancia la Convención sobre los Derechos del niño, ello no sólo por el número de países que han ratificado este documento internacional –dicha Convención ha sido ratificada por 191 países-. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.” Se tiene entonces que los derechos consignados en ese Tratado internacional no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se aplican como debieran. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm. Otros documentos importantes que contienen derechos de los niños son el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños, aprobado por la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo, aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 704 de 2001; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Ley 765 de 2002.

43 Artículo 2º: Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

44 Este último documento internacional destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de las niñas y de los niños cuando por alguna razón sus

familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia. Los Estados están también obligados a evitar que los niños y las niñas sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores de la infancia..Según lo establecido en ese tratado internacional encaminado a proteger los derechos de la niñez, la familia cumple un papel muy destacado. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 5 dispone: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.” El artículo 9º, establece: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. // 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. // 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. // 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño.

Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.” El artículo 18 prescribe: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. // 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. // 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”. El artículo 20 dispone: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. //

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. // 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. El artículo 27 determina: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. // 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. // 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a

la nutrición, el vestuario y la vivienda. // 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

45 Por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que la niñez requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños y niñas desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En el mismo sentido, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

46 Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1998. Esta providencia 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. En la sentencia C-572 de 2009 efectuó la

Corporación 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”.

47 Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 1998.

48 Corte Constitucional. Sentencia SU 225 de 1998.

49 Ibíd.

50 Ibíd.

51 Ibíd.

52 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003.

53 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-529 de 1992; /92. T-531 de 1992; T-178 de 1993; T-217 de 1994; T-290 de 1995; /T-587 de 1998; T-715 de 1999; T-1214 de 2000; T-209 de 2002.

54 Por ejemplo, el artículo 20 de la convención sobre los derechos del niño; el principio 6 de la Declaración de los derechos del niño; la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diciembre 3 de 1986; el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996.

55 Como lo recuerda la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras en el caso de Keegan vs. Irlanda -sentencia del 19 de abril de 1994- en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

56 Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003.

57 Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional en múltiples ocasiones. La sentencia T-572 de 2009 efectúa un recuento.

58 En la sentencia T-572 de 2009, citada en precedencia, mencionó la Corte la importancia que la Corporación le ha otorgado a la necesidad de mantener los vínculos familiares aún a pesar de encontrarse los miembros de la familia separados por distintas circunstancias. Así verbigracia señaló la Corte cómo en numerosas oportunidades ha protegido el derecho constitucional fundamental a tener una familia y no ser separado de ella en el caso de quienes se hayan reclusos en establecimientos carcelarios. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-274 de 2005; T-1275 de 2005; T-566 de 2007; T-515 de 2008.

59 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-572 de 2009.

60 En este lugar resulta preciso anotar que el caso bajo examen se rige por los preceptos consignados en el Código del Menor pues los hechos sucedieron bajo la vigencia del mismo Código hoy derogado por el Código de la Infancia y la Adolescencia vigente en la actualidad.

62 La gravedad de una sanción como la declaratoria de situación implicó que el legislador haya establecido el mecanismo de homologación judicial como garantía judicial en esta suerte de resoluciones.

Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 1993.

63 Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 2002.

64 Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003.

65 Equivalente al artículo 108 del Código de la Infancia y la Adolescencia hoy vigente.

66 Cfr. El informe presentado a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se expone la situación disciplinaria de Adriana frente a las denuncias presentadas por el programa séptimo día. Expediente de Revisión, a folios 11-12.

67 “Se trata de una mujer adulta de 45 años proveniente de un hogar nuclear, de condiciones socioeconómicas bajas en el que el padre falleció tempranamente. Su infancia discurrió en el área urbana del municipio de Cundinamarca y su crianza fue asumida por la madre, al lado de cinco hermanos, en el contexto de usanzas culturales propias de la región Cundiboyacense. El parto fue domiciliario y según conocido por la examinada, no se presentaron alteraciones en el desarrollo psicomotor durante los primeros años de su vida. Del ambiente familiar de su infancia recuerda poco. En el sostenimiento de la escolarización registró problemas de rendimiento académico, principalmente en el área de matemáticas, perdiendo un año escolar, sin mostrar interés por terminar los estudios básicos. Organizó su primer núcleo familiar con un hombre con quien tuvo tres hijos, a los que según refiere fue sencillo criar estando ellos pequeños y dependientes. Tras cinco años de convivencia, sin lograr resolver conflictos propios de pareja y abrumada por los retos de crianza de los hijos que iban alcanzando mayor edad, decidió dejar a la pareja y organizarse con sus hijos en casa de su madre. En esta etapa de su proceso de maternidad asumió la crianza más fácilmente desde la posición de benefactora económica y de apoyo efectivo, siendo al parecer la abuela la directa encargada del cuidado, de las normas y la disciplina. Entró en conflictos de carácter y convivencia con una hermana, situación problemática que también resolvió cambiando de domicilio esta vez a la ciudad de Bogotá. Cabe anotar que en la presente entrevista, la temática de la separación de su expareja y de los hijos, no es expuesta por la examinada con elementos emocionales de sufrimiento o tristeza o conflicto, al parecer esta situación fue vivida por ella como pacífica, al punto que hoy mantiene con su expareja una relación cordial y considera que sus hijos están bien al cuidado de la madrastra. // Continuando con la reconstrucción de su historia vital, sola en la capital, consiguió vivienda y trabajó, a pesar de dificultades significativas de socialización. Su funcionamiento global en esta etapa de su vida tenía

características de autonomía, independencia económica y baja complejidad social y lúdica. Comenzó una segunda relación afectiva y se organizó en unión libre de manera abrupta con un hombre para ella hasta entonces desconocido. Con este hombre sostiene desde hace ocho años relación que al parecer ha discurrido en armonía, comunicación y tranquilidad. Con Jacobo, su actual pareja, según lo reportado en los apartes del sumario, pues ella no lo menciona en la presente entrevista, ha quedado en embarazo en tres oportunidades; el primer hijo nació con malformaciones, presentó problemas de salud y murió a los dos años de edad; el segundo embarazo se perdió a los dos meses de gestación, de manera que su último hijo nacido vivo MAXIMILIANO, es la tercera concepción de la pareja. Según la examinada, la pareja planeó este último embarazo hace tres años pues querían tener un hijo; desde su inicio, la madre acudió al servicio médico acogiéndose adecuadamente a los programas respectivos de control prenatal. El embarazo fue de alto riesgo y el fruto nació pretérmino en una cesárea de urgencia, quedando el recién nacido hospitalizado. En el parto le realizaron esterilización quirúrgica por petición suya. Según refiere la examinada, tras haber sido dada de alta, no visitó al niño los primeros días por encontrarse aún convaleciente. El caso fue conocido en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se abrió un proceso de seguimiento por supuesto abandono y negligencia. Según lo conocido, la pareja de padres se acogió al mencionado proceso, cambió su lugar de residencia atendiendo las recomendaciones de los funcionarios del ICBF y asistió a las citas psicológicas programadas. El niño presentó varias complicaciones médicas y quirúrgicas que prolongaron su hospitalización. A los tres meses de edad del niño, el ICBF lo entregó a una madre sustituta y los padres no volvieron a verlo. Al respecto la examinada sostiene que su deseo ha sido y aún es, el de quedarse con su hijo y criarlo en la medida de sus posibilidades. Cabe anotar que la temática de la separación de su último hijo es expuesta por ella con elementos emocionales de dolor, frustración, impotencia y rabia. // Por los hechos anteriormente caracterizados, enmarcados dentro de un proceso jurídico de restablecimiento de derechos agenciado por el ICBF, la examinada se encuentra vinculada en calidad de demandante de acción de tutela contra la institución de protección infantil. // De su funcionamiento global se puede decir que ha sido de baja complejidad social, laboral y económica, aunque como se mencionó anteriormente, ha encarado las tareas de las diversas etapas del ciclo vital del adulto, con autonomía, independencia y capacidad de adaptación al entorno. Ante los problemas ha reaccionado con baja

tolerancia a los conflictos interpersonales y sus estrategias de afrontamiento han sido de huida, hasta la separación de su último hijo; oportunidad ésta en la que no está dispuesta a resignarse y ha adelantado procesos ante diferentes autoridades de ley para conseguir la custodia de su hijo. // Al examen mental en la presente entrevista se encuentra preservadas las funciones mentales de orientación y atención, sensopercepción, pensamiento y afecto. En el área de inteligencia, se encuentran signos de funcionamiento cognitivo limítrofe o bajo el promedio poblacional, pues hay operaciones o procesamientos cognitivos que no muestran una ejecución promedio, tales como analogías, abstracción de refranes y ejecución de cálculos de resta. Su acervo de conocimientos del mundo es precario y su memoria episódica aparentemente no es amplia. Sin embargo, su conducta global es organizada, obedece a procesamientos de planeación ejecutiva de movimientos e intenciones, de tal forma que establece un contacto global adecuado. No se encuentran en el examen mental elementos que configuren un cuadro de psicopatología. // En cuanto a su rol de madre se puede decir que Liliana es una mujer en capacidad de dar los cuidados que los hijos recién nacidos necesitan y de hecho, así actuó con sus tres primeros hijos. En tanto los niños son pequeños, dependientes y son dóciles y aquiescentes en la interacción con el adulto, el rol de madre cuidadora se le facilita. Es capaz de sentir amor y prodigar ternura, abrigo y alimentación a sus hijos. Es capaz de trabajar para conseguir sustento económico y atender las necesidades de objetos y comida para la manutención, articulando los pocos conocimientos formales que sus inconclusos estudios le han dejado y las habilidades para realizar trabajos informales, de forma adaptativa. En la época en que vivía con sus tres primeros hijos en casa de su madre, trabajaba en servicios domésticos y se hacía a un sueldo mensual que le permitía satisfacer las necesidades de sus tres hijos. La crianza se le dificulta un poco cuando los niños van haciéndose mayores, comienzan a expresar su voluntad y demandan del adulto cuidador conductas coherentes y disciplinadoras. En esta tarea, tolera poco las contradicciones y el desborde emocional propios de niños en crecimiento y de los adolescentes. En relación con su último hijo, al que ha visto muy poco y con quien ha compartido el mínimo forzada por las circunstancias, se ha posicionado como una madre que ha luchado con tenacidad en la medida de sus posibilidades cognitivas y sociales. Percibe a este hijo como fruto de una relación funcional con su actual pareja en el espacio e su psiquis o mundo objetal, sostiene un vínculo vivo con él, que le ha permitido imaginar su crecimiento, albergando

la escena del reencuentro y descartando toda posibilidad de duelo por pérdida. En otras palabras, ha venido siendo madre de este hijo de manera irrenunciable. // Del análisis del conjunto del sumario, los antecedentes de la historia vital de la examinada, el contexto social y cultural de su infancia y adultez, los recursos económicos con que ha contado, el nivel de escolaridad y los hallazgos en la presente entrevista, se interpreta que el funcionamiento cognitivo en la inteligencia de Liliana ha sido limítrofe o bajo el promedio poblacional, con tendencia al pensamiento concreto, la comunicación con palabras sencillas y la interacción social de baja complejidad. Así las cosas, los comunicados médicos en términos de lenguaje técnico, las notificaciones del ICBF en palabras jurídicas, los procesos administrativos con publicaciones de rigor, verbigracia un comunicado del estilo: '...se notificó personalmente a la Sra. Liliana del contenido del AUTO de apertura de investigación administrativa de protección leyéndosele previamente el contenido del mismo e indicándole que contra éste proceden los recursos de reposición ante el mismo funcionario que dictó la providencia para que la revoque ...', no son comunicaciones al alcance del pleno entendimiento de la examinada. Este perfil cognitivo que en sí mismo y en su caso no la incapacita para desplegar las labores de madre, demanda para todos los servicios de atención médica, social y psicológica, ajustes especiales. En el caso de presentarse un nacimiento prematuro, lo indicado es activar un programa madre e hijo para facilitar el apego y el vínculo con un recién nacido diferente, que no ha completado el desarrollo en el útero materno. Es conocido en el ámbito académico como estos programas favorecen la ganancia de peso en el recién nacido y disminuyen las complicaciones médicas y de salud en este periodo vulnerable. En el caso de madres con funcionamiento cognitivo límite o bajo el promedio, estos cuidados deben extremarse. // De lo expuesto anteriormente se colige que la conducta desplegada por Liliana a lo largo del proceso de protección iniciado por el ICBF y a lo largo de los tres últimos años, ha sido congruente con su perfil cognitivo, social y económico. //