

Sentencia T-893/00

DERECHOS DEL NIÑO-Protección en la normatividad internacional

HOGAR SUSTITUTO-Colocación familiar provisional

En Colombia, el hogar sustituto es una colocación familiar, provisional, mientras se adelanta el proceso administrativo (art. 37 del Código del Menor) y luego, temporal (por seis meses prorrogables, art.74 del citado Código). No es, una situación definitiva. Esta temporalidad tiene sentido porque está íntimamente ligada a los afectos que puede generar una colocación extendida a través de los años. Es decir que, los hogares sustitutos reemplazan momentáneamente a la que ha sido o debiera ser la familia definitiva.

HOGAR SUSTITUTO-Término de duración

En Colombia un hogar sustituto no puede durar mas de seis meses prorrogables y aunque no está prohibido que los padres sustitutos puedan adoptar, se entiende que esta opción es factible tratándose de “hogares amigos”. Por consiguiente, los hogares sustitutos deben ser momentáneos, para evitar lazos muy fuertes entre el menor y la pareja que los tenga. El objeto de los hogares sustitutos es el de proteger al niño y su fundamento es la solidaridad.

DERECHOS DEL NIÑO-Afectación por situaciones anormales de tristeza y desconocimiento

FUNCIONARIO PUBLICO-Eficiencia en el ejercicio de sus funciones

DEFENSOR DE FAMILIA-Atribuciones

HOGAR SUSTITUTO-Prolongación del tiempo permitido

ACCION DE TUTELA-Sustracción de materia

Referencia: expediente T- 322996

Acción de tutela instaurada por Sonia Mercedes Estrella contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Procedencia: Tribunal Superior de Pasto, Sala Civil.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio del dos mil (2.000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Pasto, Sala Civil, y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, dentro de la tutela instaurada por Sonia Mercedes Estrella y otro contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño.

ANTECEDENTES

1. Los esposos Sonia Mercedes Estrella Muñoz y Jaime Arturo Arciniegas, instauraron acción de tutela, el 6 de marzo del 2000 contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño; piden que se reinicie el trámite administrativo de adopción del menor José Gabriel Oliva, a fin de que la peticionaria y su esposo sean incluidos como padres adoptantes de dicho menor, “dándonos toda la información requerida para entregar la documentación que sea del caso y respetando nuestro derecho a ser primera opción por cuanto el niño ha crecido con nosotros”. Posteriormente, el 8 de marzo del 2000, se le solicita al juez de instancia, en la tutela, que se coloque al menor “en nuestra familia como hogar amigo”.

2. Dicen, como punto de partida de los hechos que motivaron la tutela, que el 9 de mayo de 1997, el Centro Zonal de Túquerres del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entregó al menor JOSE GABRIEL OLIVA a SONIA MERCEDES ESTRELLA, en condición de madre sustituta. El niño contaba con cuatro meses de edad, se hallaba en delicado estado de salud, tenía vitiligo, por lo que fue necesario someterlo a un estricto control médico. Dicho menor había sido abandonado por su madre biológica y se desconoce quien es el padre.

3. Sonia Estrella no solo fue madre sustituta de José Gabriel Oliva sino de otros menores y recibió \$184.000 mensuales hasta la primera quincena de febrero del 2000. Se advirtió en el hogar sustituto, por así exigirlo la ley, que estaría en tal condición durante seis meses, prorrogable por otro tanto previa autorización de la oficina Jurídica del ICBF. Sin embargo, el niño estuvo en dicho hogar por casi tres años creándose lazos muy estrechos entre el menor y la familia de Sonia Estrella.

4. Dice Sonia Mercedes Estrella que verbalmente solicitó en el ICBF en Túquerres información sobre la posibilidad de adoptar al menor, se le decía que por tratarse de madre sustituta no podía hacer tal petición y agrega la peticionaria de la tutela: “por el temor a que mi petición de inscripción en la lista de posibles padres adoptantes tuviera como consecuencia el retiro inmediato del menor y las otras acciones que se mencionan en el acta, no formulamos por escrito petición en tal sentido. En el mes de enero de este año, cuando nos enteramos que el niño había sido escogido para entregarlo en adopción mi esposo JAIME ARTURO ARCINIEGAS BOLAÑOS se presentó al ICBF de Túquerres y solicito que nos entregaran en adopción al niño, una de las funcionarias nos dijo que deberíamos llenar una solicitud por escrito, entonces nos dirigimos donde la Doctora Nubia Paredes Gordillo para que nos suministre mayor información y ella nos dijo que ya no se podía hacer nada porque ya había sido asignado el niño a padres extranjeros.” Sobra decir que nunca existió problema entre el hogar sustituto y la madre biológica por la sencilla razón de que ésta abandonó a su hijo y nunca se preocupó por él.

5. El niño permaneció hasta el 22 de febrero del 2000 en el hogar de Sonia Estrella cuando abruptamente se lo retira para entregarlo a unos extranjeros que aspiraban a ser adoptantes. Se trataba de los esposos Ture Lars Oskar Tiholt y Elsa Maria Norgard. Previamente intervino la Fundación Los pisingos, la cual recibió del ICBF de Nariño la historia N° 52E-0026-97 del niño José Gabriel Oliva. Y, el 6 de marzo del 2000 se inició el proceso de adopción en el Juzgado Promiscuo de Familia de Túquerres, es el mismo día en que la tutela se instauró. Por motivo de la tutela, el proceso de adopción se suspendió (auto del Tribunal de Pasto del 10 de marzo del 2000), pero el mismo Tribunal el 21 de marzo del 2000 determinó levantar la orden de suspensión y fue así como el 26 de abril del 2000 se dictó sentencia concediendo la adopción del niño José Gabriel a la pareja TIHOLT-NORGARD y se protocolizó la entrega del niño, quien se halla con la mencionada pareja y ya tiene otro nombre y domicilio.

6. Durante los dos años y nueve meses que el niño permaneció en el hogar sustituto, se crearon verdaderos y fuertes lazos afectivos con los integrantes de tal hogar, y por eso el menor se había convertido en un hijo más dentro del hogar de Mercedes Estrella. Esto es conocido por la comunidad de Túquerres y se prueba en el expediente.

7. Agregan los peticionarios de la tutela que “ La separación abrupta del menor, ocurrida el 22 de febrero del 2000 no solo nos ha causado grandes angustias y pesares a todos los miembros de mi familia, entre quienes están una niña de nueve años que creció con JOSE GABRIEL y lo ha considerado como hermano, también ha causado angustia a mis dos hijas adolescentes que igual que la menor han visto a JOSE GABRIEL como su hermano menor y quienes han compartido muchos momentos con él, por lo que actualmente se encuentran totalmente desconsoladas. Pero así como a nosotros, esta separación está afectando de manera notable al mismo menor JOSE GABRIEL OLIVA, quien desde hace doce días se encuentra ausente con sus posibles adoptantes, en un mundo o medio totalmente desconocido para él y sin poder entender el idioma de sus nuevos padres”.

8. Consideran violados los artículos 20, 23, 29 y 44 de la C. P. en cuanto ha debido existir un debido proceso administrativo, con notificación de la tramitación de la resolución de abandono a la madre sustituta, y porque existía el derecho a la información veraz sobre la posibilidad de ser adoptantes los padres sustitutos.

9. La Directora del ICBF, regional Nariño, al informar sobre el caso, entre otras cosas dice: “La familia sustituta nunca planteó la posibilidad de adoptar al menor José Gabriel Oliva, la prueba está en que ha transcurrido un año y medio desde que el niño fue declarado en abandono y remitida la documentación al Comité de Adopciones y solo hasta el mes de enero del año en curso la madre sustituta se presenta ante la Defensoría de Familia para retirar el formulario de solicitud, cuando el niño ya había sido aceptado por una familia extranjera y cuando era evidente su entrega para culminar el trámite administrativo. ...Es entendible que el egreso del menor José Gabriel Oliva del hogar sustituto genere sentimientos de tristeza entre los miembros de esa familia, para lo cual los funcionarios del área psico-social trabajan con ellos la etapa que se denomina duelo...”.

PRUEBAS:

1. Registro de estado civil de José Gabriel Oliva, hecho el 25 de agosto de 1997; allí se dice que la madre es Ana Cruz Oliva, no se reseña padre y se consigna que nació el 3 de enero de 1997. Este registro será modificado en el año 2000.
2. Acta de colocación familiar de José Gabriel Oliva en el hogar sustituto, con fecha 9 de mayo de 1997.
3. Resolución N° 42 del 26 de junio de 1998 que declara en situación de abandono al menor José Gabriel Oliva. Ordena “la iniciación de los trámites de adopción, por una familia que reúna y aporte los requisitos necesarios para ello y exigidos por la ley”, envía el expediente a la Secretaría del comité regional de adopciones del ICBF Nariño para lo de su competencia y confirma la ubicación del menor en el hogar sustituto de Sonia Estrella.
4. Constancia de la defensora de familia (fecha: 24 de febrero del 2000) diciendo la Defensora: “luego de ser entregado el niño José Gabriel Oliva, en calidad de hogar amigo a los esposos Ture Lars Oskar Tiholt y Elsa Maria Norgard, identificados con pasaportes Nos. 65318672 y 78235769 expedidos en Suecia y previa la entrevista realizada, observa que hay empatía e integración personal entre los presuntos adoptantes y el niño y entre éste y sus futuros padres adoptantes (artículo 105, literal e, Código del Menor)”. Como se aprecia este informe se rinde apenas dos días después de ser retirado el niño del hogar de Sonia Estrella.
5. Certificación del Juez promiscuo de familia de Túquerres diciendo que allí se adelanta el proceso de adopción propuesto por Ture Lars Oskar Tiholt y Elsa Maria Norgard, de nacionalidad sueca, respecto al menor José Gabriel Oliva, no se dice cuando fue radicado, pero sí se indica que el 6 de marzo del 2000 se admitió la demanda, el 8 de marzo la defensora de familia rindió concepto favorable y que se puso como dirección de los adoptantes la de la abogada en la ciudad de Pasto.
6. Fotografías y dibujos hechos por el niño cuando lo tenía Sonia Estrella, y pruebas de asistencias, tratamiento y fórmulas médicas de atención al niño, autorizaciones para salir de Túquerres a la madre sustituta con el menor José Gabriel Oliva.
7. Controles de ICBF sobre dicho niño y un informe de cotidianidad elaborado por el ICBF conforme a los datos suministrados por la madre sustituta.

8. Registro de matrimonio de los peticionarios de la tutela y registro de nacimiento de sus hijos legítimos.

1. Dentro de la tutela se recibió la declaración de Pilar Hernández, trabajadora social en el hospital de Túquerres, ella dijo que “el papel de esa señora (Estrella) con los niños es excelente”, a José Gabriel lo llevaba a controles cada mes, le daba el trato como mamá y el niño los trataba como padres, “Sonia me dijo en una o dos oportunidades, que tenía la intención de adoptar a José Gabriel pero creo que estaba en peleas con el Bienestar, e inclusive que le hizo la averiguación a la Defensora y que ella le dijo que como madre sustituta no podía adoptar al niño..... Sonia, además de lo de Bienestar, que me imagino que es mínimo, ella invierte mucho en el niño José Gabriel, porque le pone ropa muy bonita y paga de su bolsillo las consultas en el hospital... el día lunes (la declaración se rindió el jueves 9 de marzo) le pregunté a Sonia del niño y ella se puso a llorar que se lo habían llevado a Pasto para adopción”, agrega que toda la familia de Sonia se afectó por la separación.

1. También declaró Carlos Arroyo, Comisario de familia del Municipio, indica que el esposo de Sonia es sustanciador de la inspección de policía, que han tratado al niño como hijo, que el trato es muy especial y el niño los consideraba como papás, que deseaban adoptarlo pero que el problema radicaba en ser padres sustitutos, “tengo entendido que han invertido con sus propios recursos en brindarle al menor los regalos, ropa, fuera del auxilio que les da el Bienestar..” y que se han visto afectados por la separación.

2. Igualmente declaró Javier Bolaños, Director del hospital de Túquerres, indicando la preocupación de Sonia y su esposo por José Gabriel Oliva, que él como médico atendió al niño “en forma particular”, que Sonia Estrella y su esposo y José Gabriel se querían como padres e hijo, “esta familia trataba al menor en una forma extraordinaria, que de pronto ni los papás verdaderos en muchas oportunidades lo pueden hacer con sus propios hijos”, que le dijeron que querían adoptar al menor, que en muchas ocasiones “habrán tenido que hacer (sic) mano de recursos económicos diferentes” a los del ICBF.

3. También declaró Jaime Bolívar, Inspector de policía municipal, dice que el menor y los del hogar sustituto se trataban como padres e hijo y que la separación ha sido dura, que Sonia Estrella le compraba dulces, juguete, ropas, que Jaime Arciniegas le comentó que “desearía

que el niño se quede en su familia con él y sus hijas y su esposa”, “tuvieron una crisis por la separación del niño, y mas que todo que el niño se lo llevaron inclusive que no los habían dejado despedirse del niño, y la señora le ha dado una crisis que inclusive la llevaron al hospital..”.

1. La Defensora de familia del centro zonal ICBF de Túquerres mandó el acta de colocación familiar en hogar amigo pero de David Luna, no de José Gabriel Oliva.

1. El concepto del 8 de marzo del 2000 de la Defensora de Familia ante el Juzgado escuetamente dice: “Teniendo en cuenta que todo el trámite administrativo para el presente proceso de adopción se surtió en la Defensoría de Familia, y considerando que la documentación presentada reúne los requisitos de ley doy mi concepto favorable para proseguir”.

2. A la Corte Constitucional llegó la modificación del registro civil del niño José Gabriel quien ahora tiene los apellidos TIHOLT-NORGARD porque por sentencia del 26 de abril del 2000 la adopción se decretó.

DECISIONES MOTIVO DE REVISION:

El 10 de marzo del 2000 la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pasto como medida de precaución le ordenó al Juez promiscuo de familia de Túquerres que suspendiera el trámite de la adopción hasta tanto no se decidiera la tutela.

El 21 de marzo del 2000 la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pasto denegó la tutela y ordenó el levantamiento de la suspensión que había decretado. El Tribunal consideró que había habido declaración de situación de abandono, luego podía ser entregado en adopción, previos los requisitos legales y además, según el Tribunal, los esposos Arciniegas Estrella debieran formal y oportunamente haber hecho las diligencias para la adopción .

La decisión fue impugnada.

La pareja sueca otorgó poder el 13 de marzo del 2000 ante el Tribunal de Pasto y luego otorga otro poder ante la Corte Suprema de Justicia a un abogado quien se presenta como “parte coadyuvante” dentro de la tutela, hace referencia a un caso de María Guzmán decidido por el Tribunal Superior de Bogotá, es decir, a otra tutela, pero de los hechos se

colige que en verdad se refiere a la tutela por el caso de José Gabriel Oliva y dentro de tales hechos critica a los esposos Arciniegas Estrella por su negligencia para adoptar o no y pone en boca de Sonia Estrella lo que el ICBF dijo como informe de cotidianidad. Presentó fotografías con los padres adoptantes.

La actuación de tales apoderados implica un tácito saneamiento de una posible nulidad por la no citación de la pareja de adoptantes

La Sala de Casación Civil y Agraria, el 8 de mayo del 2000 confirmó la decisión del a-quo porque considera que no puede hablarse de violación al derecho de petición “pues al respecto solo existe el dicho del accionante”. Sobre la violación al debido proceso por la falta de notificación, este punto, según la Corte Suprema de Justicia, debe ser ventilado mediante el recurso de revisión que consagra el artículo 113 del decreto 2737 de 1989. Y sobre el derecho del menor a tener una familia, el dar en adopción es precisamente una de las formas de tener una familia el menor.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes; y por la escogencia del caso hecha por la Sala de Selección.

A. TEMAS JURIDICOS

1. Legitimidad de personería

No hay inconveniente procedimental para que quien figuró como madre sustituta actúe en su propio nombre y haga peticiones a favor del menor porque la parte final del artículo 44 de la C. P. expresamente indica que “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores” (se refiere al evento en el cual se afecte el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de los derechos del niño). Por consiguiente, quien actuó como madre sustituta del menor puede válidamente pedir el amparo.

La Corte en la T-462/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo al respecto:

“A diferencia de lo afirmado por el Tribunal de tutela, esta Corte considera que cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño.”

2. La protección al menor

El artículo 44 de la Constitución Política de 1991 expresamente establece:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Según dicha norma constitucional el niño es un sujeto privilegiado. En la T-283/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se explicó este aspecto:

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los

conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44).”

Es una obligación del Estado proteger al niño. Debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. Luego los programas de protección que el propio Estado ha señalado son de ineludible cumplimiento, es más, son finalidad del Estado por mandato del artículo 2º de la Constitución que establece: “Los fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”

3. Cuidado del niño

La prioridad en cuanto al cuidado del menor corresponde a sus propios padres. “Los Estado Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión 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”. (artículo 9, Convención sobre los derechos del niño).

Pero, si el menor se ubica en situación de abandono, el artículo 53 de la ley 75 de 1968 (que creó el ICBF) determinó que la protección al niño es prioritaria: “Para el cumplimiento de sus fines esenciales, que son los de proveer a la protección del menor y en general el mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas...”.

4. Situación de abandono

El Código del Menor (decreto 2737 de 1989) expresamente se refiere a la protección del menor cuando está en situación de abandono o peligro y establece en los artículos 31 y 179 que es preferente la atención en medio familiar para menores que se encuentren en tal situación irregular.

El artículo 31 citado dice:

“ Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:

1. Fuere expósito.

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

3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.

4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos y otros lo toleren.

5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia.

6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social.

7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos.

Parágrafo 1.- Se presume el incumplimiento de que trata el numeral 2 del presente artículo, cuando el menor está dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o cuando no convive con las personas llamadas por la ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario.

Parágrafo 2.- Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores”.

A su vez el art. 57 del Código del Menor, establece la manera de declarar a un menor en

abandono, decisión que como es obvio no necesita notificarse a la familia sustituta porque ella no es parte en el procedimiento administrativo que adelante.

Dice la norma:

“En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

1. La prevención o amonestación a los padres o a 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.

PAR. 1º- El Defensor de Familia podrá, al aplicar alguna de las medidas anteriores y sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes, fijar una cuota mensual con la cual los padres o las personas de quienes el menor dependa contribuirán al sostenimiento de éste mientras se encuentre bajo una medida de protección.

PAR. 2º- El Defensor de Familia podrá imponer al menor con cualquiera de las medidas de protección, el cumplimiento de algunas de las reglas de conducta de que trata el artículo 206 del presente Código.”

En conclusión, hay normatividad precisa para salvaguardar al menor que se halle en situación de abandono.

Existen Instrumentos Internacionales que consagran la protección al menor, entre otros: La Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificado por

Colombia el 28 de enero de 1991, en cuanto señala en su artículo 19 que los Estados Partes deben adoptar toda clase de medidas para proteger a los menores de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal o abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras permanezca bajo el cuidado de los padres, guardianes legales u otra persona que tenga a cargo su cuidado; y la Convención Americana sobre derechos humanos, que en su artículo 19 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”. Y, en la Convención sobre los derechos del niño, en el artículo 3º se señaló su filosofía así:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

“2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

“3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

6. La adopción y guarda de menores según normas internacionales

Sobre el tema concreto de la adopción y los hogares de guarda, es muy ilustrativo el criterio de la Asamblea General de las Naciones Unidas que en la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”, de 3 de diciembre de 1986, dijo en sus artículos 3, 4, 5 y 11 dicen:

“Artículo 3. Como prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres.

Artículo 4. Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustituida -adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada.

Artículo 5. En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de su propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, debe ser la consideración fundamental.

Artículo 11. Pese a que la colocación de niños en hogares de guarda tiene carácter temporal, puede continuar, de ser necesario, hasta la edad adulta, pero deberá excluir la posibilidad de restitución a la propia familia ni de adopción antes de ese momento.

Artículo 16. Antes de la adopción, los servicios u organismos de bienestar del niño deberán observar la relación entre el niño que vaya a ser adoptado y los futuros padres adoptivos. La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los derechos pertinentes a su condición de tal.”

Y en la Convención sobre los derechos del niño de 1989, el artículo 20 habla de la colocación en hogar de guarda, de la Kafala del derecho islámico, de la adopción y en todas estas situaciones “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”; y el artículo 21 ibídem señala como premisa en la adopción el “interés superior del niño”.

Por otro lado, en el Código del Menor expresamente se señale como objetivo del ICBF preferir las solicitudes presentadas por los colombianos a las presentadas por extranjeros (artículo 107)¹.

7. El hogar sustituto en la normatividad nacional

Una de las medidas de protección del menor, en la legislación colombiana, es la colocación familiar. En ocasiones se llama “hogar sustitutivo”, y también hay el denominado “hogar amigo”.⁶

El artículo 73 del Código del Menor dice:

“La colocación familiar consiste en la entrega de un menor que se encuentre en situación de abandono o de peligro, a una familia que se compromete a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.

La medida de colocación familiar será decretada por el Defensor de Familia mediante resolución motivada o de acuerdo con las normas técnicas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”

En Colombia, el hogar sustituto es una colocación familiar, provisional, mientras se adelanta el proceso administrativo (art. 37 del Código del Menor) y luego, temporal (por seis meses prorrogables, art.74 del citado Código). No es, una situación definitiva. Esta temporalidad tiene sentido porque está íntimamente ligada a los afectos que puede generar una colocación extendida a través de los años. Es decir que, los hogares sustitutos reemplazan momentáneamente a la que ha sido o debiera ser la familia definitiva. Por otro lado, cuando es hogar amigo, antesala de la adopción, el trámite está ligado al Comité Regional del ICBF porque es a dicha oficina a donde se remite la actuación posterior a la declaratoria de abandono hecha por un Defensor de Familia.

En la T-217/943 se dijo:

8. Duración del hogar sustituto

Mientras para las Naciones Unidas los temporales hogares de guarda pueden continuar, en caso de necesidad, hasta la edad adulta y llegada a ésta se puede adoptar, (artículo 11 de la Declaración de 1998, antes citada), en Colombia un hogar sustituto no puede durar mas de seis meses prorrogables y aunque no está prohibido que los padres sustitutos puedan adoptar, se entiende que esta opción es factible tratándose de “hogares amigos”. El artículo 74 del Código del Menor indica:

“Artículo 74.- La medida de colocación familiar se decretará por el menor término posible, de acuerdo con las circunstancias y objetivos que se persiguen, sin exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de quien haga sus veces.

En ningún caso podrá otorgarse la colocación familiar a personas residentes en el exterior, ni podrá salir del país el menor que esté sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Por consiguiente, los hogares sustitutos deben ser momentáneos, para evitar lazos muy fuertes entre el menor y la pareja que los tenga. El objeto de los hogares sustitutos es el de proteger al niño y su fundamento es la solidaridad.

Lo que no tiene sentido es que, como ocurrió en caso de la presente tutela, una vez sobrepasados los 6 meses de permanencia del menor en un lugar sustituto, por Resolución del ICBF se declare la situación de abandono de dicho menor y se ratifique su permanencia en el hogar sustituto un año después, sin analizarse si para el interés del niño era más prudente retirarlo del hogar sustituto o ver la posibilidad, excepcional, claro está, de darle otra connotación: la de hogar amigo, si a ello hubiere lugar. Claro que una situación de estas ofrece muchas dificultades porque puede ocultar una peligrosa vía libre hacia la preferencia de un niño entre los varios que integran un hogar sustituto, pero si una madre sustituta prefiere dejar de serlo (para todos los casos) con la ilusión de convertirse en hogar amigo (para un solo caso) y el ICBF juzga prudente tal comportamiento para el menor, no se ve por qué el ICBF no examina una situación excepcional de éstas y le da la opción de pasar a hogar amigo como paso previo a la adopción.

9. Respeto a la solidaridad en la prolongación indebida del hogar sustituto

En la T-715/99, la Corte dijo algo muy importante y referente a la situación en la cual el ICBF permite (de manera ilegal, claro está) que un hogar sustituto se prolongue más allá del año:

“El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Y es ilógico que si un niño está ubicado mediante decisión del Estado en un hogar que solidariamente le brinda protección, funcionarios del Estado atenten contra la solidaridad objetiva.

Una Defensora de familia, al producir un rompimiento de lazos afectivos que el mismo ICBF contribuyó a crear por permitir la prolongación indebida del hogar sustituto, no puede invocar el factor competencia como argumento para dejar sin piso los derechos fundamentales y principios constitucionales señalados en el artículo 44 de la Constitución Política. Y si lo hace, está atentando además contra el derecho que se tiene al libre desarrollo

de la personalidad (art. 16 C.P.) porque el artículo 3º del Código del Menor indica: “Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, estos derechos se reconocen desde la concepción”. Cualquier hecho que vulnere ese desarrollo es una violación del art. 16 de la Constitución.”

Por supuesto que en ocasiones la Defensora de Familia se puede hallar ante situaciones sociológicas complejas, p. ej. que no haya sino un solo hogar sustituto o que no sea prudente rotar al menor por varios hogares sustitutos; y se torna necesario no hacerle caso a la regla en beneficio del principio del bienestar del menor. En estas hipótesis el ICBF debe tener el máximo de cuidado y si el caso ya está en el Comité Regional de Adopciones este organismo no debe romper contacto con el grupo interdisciplinario (defensor, sicólogo, nutricionista, trabajadora social); es justo hacer de ese contacto algo activo y permanente y no limitado solamente a la ficha integral del menor. Es decir, la importancia de superar los simples formulismos y tener en cuenta los principios.

10. Se puede abruptamente exigir que se entregue un menor ubicado en hogar sustituto, cuando se han creado lazos de afecto muy fuertes respecto del niño?

En la misma sentencia T-715/99, se explicó:

“Cuando un Defensor de Familia establece sumariamente que un menor se encuentra en situación de grave peligro en el lugar donde se halle (estar comprometida la vida o la integridad física del menor), puede proceder al RESCATE del menor, siguiendo el procedimiento de los artículos 43 a 47 del Código del Menor. Pero si no corre peligro la vida o la integridad física de la niño, se lo puede retirar de un momento a otro del hogar que lo está protegiendo?

“Se dirá que hay que actuar con rapidez para entregárselo a la madre biológica. La finalidad es plausible, pero jurídicamente no se puede sostener que la autoridad que adelanta un procedimiento administrativo en tal sentido está investida de potestad sobre la vida y los derechos del niño. La capacidad para ejercer un procedimiento no lleva implícita la idea del poder absoluto....”

Si esto se predica respecto de la entrega del menor a su madre biológica, con mayor razón si

es para entregar el menor a otras personas; un rompimiento tajante afecta los derechos del niño y de las personas que le prestan solidaridad, produce situaciones anormales de tristeza y desconcierto. Advierte la Corte que estos rompimientos radicales no son extraños en el ICBF. Precisamente, en la tutela T-217/94 se transcribió una circular (14- 587 de 10 de mayo de 1993) de la Subdirectora Operativa de Protección de dicho Instituto, que textualmente dice:

“..... quiero llamar la atención de los Defensores de Familia, ya que mientras la Subdirección adelanta una campaña para que las familias que por diversas circunstancias tienen bajo su cuidado menores sin una situación legal definida, se acerquen sin ningún temor al Instituto. Los Centros Zonales, cada vez con mas frecuencia y sin ninguna consideración con el niño sujeto fundamental de la decisión, lo separan abruptamente de las personas que hasta ese momento han sido su familia y su único vínculo; no se tiene ninguna consideración sobre el trauma que este rompimiento súbito puede ocasionarle. Separar un niño del cuidado de la persona o familia que lo ha tenido para internarlo en un centro de emergencia, un hogar sustituto o una Institución, solo se justifica en el caso extremo en que se compruebe sumariamente que la salud física o mental del menor se encuentran gravemente afectadas”.

11. Proceso de duelo

En la T-715/99 se formuló una fuerte crítica al rompimiento inhumano de la relación entre un niño y un hogar que lo ha tratado con cariño y en circunstancias muy iguales a las del propio hogar. Dijo la Corte:

“Es inexplicable que frente a esta orientación legal y humana, se siga procediendo con la crudeza calificada como “procedimiento de duelo”. Particular cuidado deben tener los funcionarios públicos en estos casos. Vale recordar que el artículo 123 de la C. P. indica: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. Dichos funcionarios en todo momento deben tener de presente que su trabajo se orienta a lograr la vigencia del orden justo consagrado en el Preámbulo y en el artículo 2° de la C. P. que se inicia con el siguiente principio fundante: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes

consagrados en la Constitución...”. La aplicación de los principios y valores, conjuntamente con las reglas, hace del funcionario público alguien activo y pensante que da soluciones justas y transformativas (en redefinición permanente) y no simplemente formales y burocráticas. Tratándose de aquellos funcionarios que por motivo de su trabajo diariamente tienen que enfrentarse a la durísima realidad del país⁴, es particularmente importante hacer un esfuerzo adicional para que el dolor ajeno no se convierta en algo que por cotidiano se torne en deshumanizador. Precisamente el artículo 95, numeral 2° de la C. P. dice que hay que “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Es este el constitucionalismo humanista íntimamente ligado al valor de la solidaridad. Este comportamiento fortalece el oficio del Defensor o las Defensoras de Familia, que en sentir de la Corte es muy importante y merece todo el respeto:

12. Se requiere un replanteamiento al proceso de duelo?

La verdad es que si por acción (es necesario mantener un hogar sustituto porque no hay otra alternativa) o por desidia del Estado se prolonga la estadía del menor en un hogar sustituto, surgen lazos fuertes del niño con ese hogar sustituto, porque en no pocas ocasiones tal hogar le facilita al niño resolver la necesidad a la seguridad, a la aceptación, al aprender, al cuidado, al ambiente estable, armonioso y tranquilo, a la socialización (conocer sus derechos y sus deberes) a la autonomía y fundamentalmente al amor, en resumen, a la satisfacción de las necesidades como si se tratara de su propia familia biológica. En estas circunstancias no es prudente el rompimiento radical porque se produce dos efectos traumáticos: la afectación de un grupo que materialmente es familia y el desarraigo al separar al niño de su contexto. Por supuesto que puede haber recuperación, pero pueden quedar una serie de secuelas. No se trata solamente de analizar si el niño vuelve a reír o a jugar, porque esta puede ser una falsa imagen como también es falsa imagen la que responde a sobresaturación de estímulos. Lo que se debe hacer es no exponer al niño a un daño con el escueto proceso de duelo, mal llevado. Hay que considerar en cada caso concreto lo mejor para el niño y para ello deben actuar de manera muy cercana el Defensor de Familia, el grupo interdisciplinario y el Comité Regional; no hay justificación para que el trabajo sea aislado ni menos dislocado y si esto último acontece hay incumplimiento del deber y falta a la ética.

Los funcionarios públicos deben ser eficaces, actuar con celeridad e imparcialidad,

respetando los principios, entre ellos el de igualdad (artículo 209 C.P.). No es justo que un funcionario sea acucioso cuando se trata del proceso de adopción y no tenga la misma diligencia cuando se trata del caso de un menor en hogar sustituto. No es equilibrado que en tres años haya falta de trabajo conjunto entre los directivos de una Regional del ICBF y los Defensores de Familia para hacerle el seguimiento a un menor en un hogar sustituto, seguimiento que hubiere permitido apreciar que se crearon lazos afectivos entre el menor y la familia que lo tuvo y; por el contrario, en solo 48 horas, una Defensora de familia, debido a procesos administrativos impulsados por el Comité Regional de Adopciones, afirme que se creó empatía entre el menor y la familia que recién llega al país con el objetivo de adoptar un niño y con igual rapidez se rinda concepto para la adopción, afectando no solamente el contexto dentro del cual el niño ha vivido y de paso el derecho a preservar la nacionalidad (artículo 8º de la Convención sobre los derechos del niño).

Lo anterior no significa una crítica a los defensores de familia; en la T-715/99 se puso de presente cuál es el criterio de la Corporación respecto a la labor indispensable de tales funcionarios:

“Los defensores de familia desarrollan en la actualidad labores anteriormente confiadas a los jueces, las cuales van desde la amonestación a los padres hasta la declaración de abandono y la iniciación de los trámites de adopción (idídem, art. 57). La delicada tarea de resolver conflictos en los que pueden verse involucrados los intereses y el bienestar del niño ha sido encomendada a la autoridad administrativa en búsqueda de una mayor efectividad. Sobre el particular ya se expresó esta Sala cuando afirmó:

“La ley ha encomendado a los Defensores de Familia delicadas funciones en interés de la institución familiar y del menor. Entre sus atribuciones cabe mencionar las de promover acciones judiciales y extrajudiciales en asuntos de familia, decretar las situaciones de abandono o peligro del menor y tomar las medidas de protección pertinentes según la gravedad de las circunstancias (D. 2737 de 1989, arts. 36 y 57), homologar con efectos vinculantes las conciliaciones entre cónyuges, asistir al menor en las diligencias ante el juez competente y ejercer funciones de policía para asegurar su eficaz protección.

Pero, lo que se desea resaltar es que la noble de la misión se rompe cuando se convierte en episodio burocrático para viabilizar la entrega de un menor en adopción y en esta situación

no hay un respeto a la igualdad ni ejercicio idóneo del deber. Una de los ejemplos para esta afectación es la de ausencia de informaciones objetivas entre quienes se encargan de vigilar los hogares sustitutos y el comportamiento de quienes integran el Comité Regional de Adopciones. Tan importante, para los fines de protección a un menor es dicho Comité como un Defensor de Familia en el área de protección. La T-715/99 dijo al respecto:

“La negligencia de los funcionarios públicos encargados de velar por los intereses del menor puede constituir una forma de indefensión cuando su inactividad o inidoneidad manifiestas durante el proceso civil tienen como consecuencia la desprotección judicial de los intereses del niño. Ello puede suceder, si se dejan de solicitar pruebas de vital importancia para el esclarecimiento de situaciones de abandono o peligro, si no se interponen los recursos ordinarios o extraordinarios que la ley dispone contra providencias adversas a los intereses del menor o, aún más grave, cuando existiendo una presunción legal de abandono ella no se decreta oficiosamente por parte de la autoridad competente para salvaguardar los derechos del niño (D. 2737 de 1989 arts. 31, 36, 57)”.¹

“Lo sostenido anteriormente por la Corte sobre las responsabilidades de los Defensores de Familia en el trámite de los procesos civiles en que deben intervenir, es igualmente predicable respecto de los procesos seguidos contra los padres por las causales de abandono o peligro en que puede encontrarse el menor⁶.”

“Cuestión esencial es el contexto orgánico dentro del cual operan los Defensores de Familia. Hay que tener en cuenta que el ICBF en sus objetivos pasó de la etapa asistencialista de los años setenta, a la promocional de los ochenta y ahora se ubica en el conocimiento de los diversos saberes con fortalecimiento en el trabajo conjunto con organizaciones comunitarias y sociales y con las respectivas familias de los menores, familias que dentro de un enfoque sistémico entran a participar activamente en la solución de los problemas intrafamiliares y se evitan así muchas violaciones a los derechos de los menores. La efectividad estructural del I.C.B.F. es indispensable porque repercute en las medidas de prevención y protección a favor de los menores y, precisamente, el instrumento humano mas eficiente para desarrollarlas está en los Defensores de Familia.”

14. Reglas y principios, especialmente en los programas de protección

Los funcionarios del ICBF, como todos los operadores jurídicos, no se deben atener

únicamente a la normatividad reglamentaria sino que deben poner especial cuidado a los principios, especialmente si son constitucionales; deben ponderar y reflexionar sobre los valores y los derechos fundamentales constitucionales, en todos los casos en que deban jurídicamente decidir. Si se trata de temas referentes a un menor, el principio de la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás, es un elemento orientador obligatorio. En la T-715/99 se dijo:

“Si, además, la protección de los menores figura como uno de los deberes fundamentales del Estado y si en el ICBF opera un área de protección, creada desde antes de la Constitución de 1991 y con fuerte respaldo constitucional después de la expedición de la actual Carta Política, entonces, no se puede pasar por alto que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derecho” (art. 44 C.P.). Por supuesto que la protección debe ir íntimamente ligada a la prevención, sólo así se entienden los deberes del Estado. Como también implica la obligación del Estado de destinar presupuestos adecuados y progresivos para la efectividad de los derechos reseñados en el Protocolo de San Salvador.⁷

15. El acceso a la verdad

Un punto que se plantea en la presente tutela es el acceso a la verdad porque se dice que los padres sustitutos acudieran ante la Defensoría de familia expresando su deseo de adoptar y que equivocadamente se les informó que los padres sustitutos no podían adoptar y que fue esta la razón para que sí se diera el niño en adopción a la pareja sueca. Habrá entonces que dilucidar la connotación constitucional de las informaciones veraces.

La Constitución de 1991, en su artículo 20, quiso ser amplia frente a un tema tan sensible como la libertad de expresión:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

La Defensoría del Pueblo indica:

El Artículo 20 tiene, sin lugar a dudas, un amplio significado y un gran alcance. Primero, porque no sólo establece la libertad de expresión, sino que también garantiza el derecho de las personas a la rectificación equitativa de informaciones por parte de los medios de comunicación. Segundo, porque garantiza el derecho del público a ser informado de manera “veraz e imparcial”. Tercero, porque fue mucho más allá que la Constitución de 1886, al señalar que los medios de prensa “tienen responsabilidad social”, y cuarto, porque sintonizó el concepto de libertad de expresar e informar con su interpretación moderna.

Pero además del artículo 20, otras dos normas de la nueva Constitución se refieren explícitamente a periodistas y a medios de comunicación.

Sin caer en los terrenos de quienes favorecen las limitaciones a los medios de comunicación y a la libertad de expresión, la Constitución de 1991 -que define a Colombia como un estado social de derecho-introduce el concepto de responsabilidad social como marco de acción para medios de comunicación y periodistas, en un mundo más interconectado donde el concepto de medios de comunicación masiva ya no sólo incluye periódicos, revistas y noticieros de radio y la televisión, sino sistemas como el correo electrónico y la cibernética.

Es claro que el concepto que adoptó el artículo 20 de la Constitución equilibra muy bien posiciones a favor de la libertad absoluta, como la que hace más de dos siglos defendió Thomas Jefferson en los Estados Unidos, con otras que abogan por el compromiso de los medios de comunicación con valores como la democracia, el pluralismo, la independencia y la responsabilidad social.”⁸

El artículo 20 de la Constitución garantiza tres libertades: expresar y difundir opiniones, recibir información veraz e imparcial y la de fundar medios masivos de comunicación.

La T-293/94, se refiere a la primera de esas libertades:

“La libertad de expresión, garantizada en el artículo 20 de la Carta Política, encuentra una de sus más importantes manifestaciones en la posibilidad que debe tener toda persona de escribir y publicar sus escritos, de hacer conocer sus criterios, pensamientos, sentimientos, ideales y concepciones intelectuales mediante la impresión y difusión de obras literarias,

científicas, técnicas o artísticas, en sus diversas formas.”

Sobre la segunda de esas libertades en la T-275/94 se dijo que entran en juego el derecho de petición, el de acceder a la administración de justicia y también el de la información veraz e imparcial (artículo 20) por eso se indicó:

“Si esa misma madre, situada ante el dilema de hacer respetuosa antesala a quien le puede dar algún dato o de ejercitar la acción de tutela, prefiere este amparo, entonces, al escoger el camino de la tutela para dilucidar su inquietud, no solamente se toca el derecho de petición (art. 23 de la C.P.) sino un derecho de acceso a la justicia (art. 229 ibídem), porque al universo de la verdad por hechos criminales no solamente tiene entrada el Estado y el reo, sino también el OTRO: el perjudicado o presuntamente perjudicado.”

16. Derecho de petición

Ya se dijo que lo referente a la información veraz y oportuno está en ocasiones conectada con el derecho de petición. La jurisprudencia sobre éste tema del derecho de petición señala los siguientes parámetros, en la T-377/2000:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.

5. Específicamente en relación con el derecho de petición frente a los jueces las sentencias T-334 de 1995 y T-07 de 1999 señalaron que:

a) El derecho de petición no procede para poner en marcha el aparato judicial o para solicitar a un servidor público que cumpla sus funciones jurisdiccionales, ya que esta es una actuación reglada que está sometida a la ley procesal. Ahora bien, en caso de mora judicial puede existir transgresión del debido proceso y del derecho de acceso efectivo a la justicia; pero no del derecho de petición.

b) Dentro de las actuaciones ante los jueces pueden distinguirse dos. De un lado, los actos estrictamente judiciales y, de otro lado, los actos administrativos. Respecto de éstos últimos se aplican las normas que rigen la administración, esto es, el Código Contencioso Administrativo.

c) Por el contrario, las peticiones en relación con actuaciones judiciales no pueden ser resueltas bajo los lineamientos propios de las actuaciones administrativas, como quiera que “las solicitudes que presenten las partes y los intervinientes dentro de aquél [del proceso] en asuntos relacionados con la litis tienen un trámite en el que prevalecen las reglas del proceso”⁹

Todos los anteriores planteamientos no solo son premisas para decidir la tutela de la referencia, sino que se expresan como pedagogía constitucional.

A. CASO CONCRETO

1. Si bien es cierto hay sustracción de materia en cuanto en el presente caso ya el niño fue legalmente adoptado y precisamente los peticionarios de la tutela aspiraban a quedar en la lista de posibles adoptantes y deseaban ser hogar amigo para José Gabriel Oliva, también es cierto que se está ante un accionar desafortunado del ICBF porque su comportamiento es distinto cuando el niño fue sujeto de derecho en la situación de hogar sustituto y cuando ese niño pasa a ser objeto de una adopción.

Está plenamente probado que el menor José Gabriel Oliva, no tiene padre conocido, su madre lo abandonó y el ICBF lo ubicó en el hogar sustituto de Sonia Estrella. Legalmente no podía estar ahí sino 6 meses, pero el ICBF no se preocupó por mantener la característica de esta colocación familiar precaria y, al parecer, sin el previo concepto, le permiten una

prolongación. Lo grave es que pasa el año y nada hace el ICBF, por el contrario, mediante acto administrativo ratifica el hogar sustituto pese a que se sobrepasaba el tiempo permitido. La estancia (para que no se formen lazos afectivos) duró casi tres años, y el hambre de afecto del niño desamparado se ve compensado por la comprensión, el cariño y la atención de Sonia Estrella, por eso se intensificaron los afectos entre el menor y la familia sustituta hasta el punto de considerar a aquél como hijo y como hermano. Todo esto ha debido ser captado por el ICBF, era su obligación hacerlo y actuar sin soslayar tal situación.

Contrasta tal comportamiento ausente del ICBF con el que se va a tener con los aspirantes a adoptantes. El niño es retirado abruptamente del hogar sustituto y dos días después la Defensora de Familia ya dice que hay “empatía e integración personal entre los presuntos adoptantes y el niño y entre éste y sus futuros padres”; a los pocos días se acepta la demanda de adopción y a los dos días la Defensora de Familia rinde concepto favorable. El niño al final es entregado con base en providencia del Juez de Familia.

Pues bien, aunque la tutela no prospere, por sustracción de materia y porque la tutela se ha formulado contra el ICBF y no contra la jurisdicción de familia que ya profirió sentencia de adopción, de todas maneras la Corte no puede eludir las anteriores apreciaciones para que en lo sucesivo no se vuelvan a repetir, este comportamiento se orienta hacia el respeto de los derechos fundamentales, de ahí que antes se hubiere hablado de pedagogía constitucional.

2. En cuanto al derecho del menor a tener una familia, que es uno de los aspectos indicados en la solicitud, hay que entender que el hogar adoptivo, está legalmente establecido. Además el llamado hogar sustituto es por esencia precario, luego unos padres sustitutos, por tutela, no pueden objetar la determinación que tome o vaya a tomar un juez de familia que dé un niño en adopción. Contra dicha decisión judicial hay recurso de revisión. Claro que si la presente tutela se ha instaurado contra el ICBF, y no contra decisión judicial, no puede hablarse aún de revisión, luego cuando la Corte Suprema en la sentencia de tutela que se revisa en el presente fallo dice que se puede solicitar la invalidez de la sentencia que decreta la adopción mediante el recurso de revisión y que por eso no cabe la actual tutela, es un argumento que no viene al caso porque la tutela no se instauró contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Túquerres sino contra el ICBF Regional Nariño.

3. Si se arguye que también se ha pedido que se retrotraiga el procedimiento para dilucidar si hubo violación al debido proceso de parte del ICBF por no notificar la resolución de situación de abandono; al respecto hay que decir que quienes integran un hogar sustituto no son partes en la declaratoria de abandono y que tal declaratoria se profirió mucho antes de que el menor fuera retirado del hogar sustituto, luego no hay violación alguna al debido proceso.

4. En cuanto a la posible violación al derecho de petición, no existe escrito alguno que sustente la presunta omisión de respuesta. Si se dice que la petición fue verbal, la señora Sonia Estrella no pidió que se tramitara la adopción (cuestión que necesariamente debe ser por escrito) sino que se dijera si podía adoptar y en la misma demanda de tutela se afirma: “se me hacía ver que mi condición de ser madre sustituta era un impedimento para ello” lo cual implicaba una respuesta. Luego, no se aprecia en qué consistió la violación al derecho de petición.

5. Respecto a la información veraz e imparcial del artículo 20 de la C.P. En este aspecto se tiene lo siguiente: todas las pruebas señalan que Sonia Mercedes Estrella era una magnífica madre sustituta y que se preocupaba porque José Gabriel Oliva estuviera en las mejores condiciones, atendió sus enfermedades y tuvo el máximo de cariño dentro del hogar sustituto. Esto se logró y era de público conocimiento en la localidad de Túquerres, luego también tenía que ser conocido por el ICBF. Ella preguntó si podía ser factible que adoptara, la respuesta no debía ser alejada de la verdad ni desmotivante de tan humano propósito, máxime cuando por culpa del propio ICBF se habían afianzado los lazos entre el niño y dicha familia. Pero que no puede entrar la Corte a dilucidar si los padres sustitutos pueden ser o no padres adoptantes, aunque sí corresponde llamar la atención sobre el comportamiento que se ha tenido con quienes instauraron la tutela. No obstante, como el menor ya fue adoptado por decisión judicial en firme, se ocasionaría un mayor perjuicio al niño si por defender un presunto derecho a la veracidad se afectara o se agravara la situación del menor.

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR las sentencias objeto de revisión, por las razones indicadas en la parte

motiva del presente fallo.

SEGUNDO. HACER un llamado a prevención al ICBF, regional Nariño para que en el futuro, en casos similares al actual, se actúe respetando los principios de igualdad y eficiencia.

TERCERO. ENVIAR copia de este fallo al Director Nacional y a los Directores Regionales del ICBF para efectos de pedagogía constitucional.

CUARTO. Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La realidad en Colombia es que los extranjeros adoptan dos veces más que los colombianos.

6 La Resolución 2493 de 3 de noviembre de 1992, de la Directora General del ICBF, en su artículo 3º, numerales b- y c- emplea el término “Hogar Amigo”

3 M.P. Alejandro Martínez Caballero

4 Los funcionarios de los centros zonales del ICBF perciben diariamente una dura realidad: según el Ministerio de Justicia y del Derecho (exposición de motivos para el Código del Niño), hay en Colombia siete millones y medio de niños en situación de pobreza, tres millones están en la miseria; dos millones han sido maltratados. Según investigación que adelantó la Universidad del Rosario sobre Derechos Prestacionales: en solo 1997 el ICBF atendió 114.769 casos por situación de abandono o peligro (en el Valle del Cauca: 11.988), en 1996 de los menores víctimas de lesiones no fatales el 58% correspondió a niños entre 5 y 14 años y en esos mismos límites de edad el número de violaciones sexuales ascendió al 60% y el número de homicidios al 46%; en Cali, los menores que laboran por fuera del hogar cumplen un horario de 49 horas a la semana. Y, es suficientemente conocida la condición inhumana de los niños que viven en la calle o laboran en minas; esto en cuanto al niño como sujeto pasivo del maltrato. El niño como sujeto activo presenta en Colombia una cruda realidad: en el mismo año de 1997, menores autores o partícipes de infracción penal fueron reportados 25.234 (en el Valle del Cauca 4254), Y, en una investigación mas local, de la Universidad de Nariño (Revista Foro Universitario # 20) se informa que en el municipio de Mocoa, de 28.000 habitantes, el ICBF detectó entre 1994 y 1998, 347 niños infractores, de ellos 60 por homicidio, uno de esos infractores de solo 5 años de edad y 19 menores de diez años.

1 Corte Constitucional. Sala II de Revisión. Sentencia T-531 de septiembre 23 de 1992.

6 Sentencia T-079/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 El artículo 1° de dicho Protocolo establece: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.⁷ Además, en la Convención de los derechos del niño se establece que los Estados Parte deben garantizar la creación de instituciones y servicios destinados al cuidado de los niños (artículo 18) y en el 3° Informe de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos se recomienda para Colombia consolidar el Sistema Nacional de

Bienestar Familiar (en Colombia el ente rector del sistema de bienestar familiar es el ICBF), y además pide “ Que se tomen las medidas apropiadas, hasta donde los recursos lo permitan, para que se asignen suficientes créditos presupuestarios a los servicios destinados a los niños, particularmente en el área de la educación y salud”. Se reafirman, entonces, las obligaciones de protección y prevención estatales.

8 Reflexiones sobre la libertad de prensa y de expresión en Colombia, texto de la Defensoría del Pueblo.

9 Sentencia T-334 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo